التاج المذهب

لأحكام المذهب

شرح متن الأزهار في فقه الأئمة الأطهار

تأليف

القاضي العلامة أحمد بن قاسم العنسي اليماني الصنعاني

الجزء الثالث



دار الحكمة اليمانية

للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان



دار الحكمة اليمانية
للطباعة والنشر والتوزيع والإعلان

ج. ي - صنعاء
شارع القصر الجمهوري
هاتف: ٢٧٢٤٧٤ - ٧٣٥٨٤
ص.ب. ١١٠٤١ - برقياً: حكمة
س.ت. ٨٠٣ - ٢١ فاكس: ٢٧٢٤٣٣

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿٢٣٩﴾ كتاب الشفعة[1]

الشفعة على وزن غرفة، هي لغة الضم: من شفعت الشيء أي ضممته إلى مثله، فصار شفعاً أي زوجا ، والشفع نقيض الوتر يقال : كان وتراً فشفعه بآخر ، أي قرنه به ومنه شفع الأذان . وفي الشرع الحق العام السابق لتصرف المشترى الثابت للشريك أو من في حكمه . وإنما قلنا « الحق العام » لأن حقها الخاص لا يثبت للشفيع إلا بعد الطلب ، ولذا جازت الحيلة لإبطال الشفعة قبل البيع وبعده قبل الطلب . وجاز للمشترى قبل الطلب إتلاف المبيع حسا لعدم الحق الخاص. وقولنا «لتصرف المشترى» ولم نقل الحق السابق لملك المشترى لأنها لا تثبت إلا بعد تملك المشترى ، فلذا لا يصح إسقاطها من ذى الحق قبل الشراء ، ولو كان الحق ثابتاً من قبل لصح . وقولنا للشريك المراد به المشارك في المبيع وهو الخليط ومن في حكمه من ثبتت له الشفعة بالشرب والجوار والطريق ، وبهذا القيد تخرج شفعة الأولوية ، وهى أخذ الوارث لما باعه الوصى من تركة مورثه لقضاء دينه ، فإنه يكون للوارث[2] نقضه[3] وأخذه بحق

---

(١) وهى عندنا جارية على خلاف القياس، وإنما شرعت بالنص لأنها تؤخذ قسراً ولأن الأذية لا تدفع عن أحد بضرر آخر فتقر حيث ورد كالقسامة ولا يقاس عليها غيرها إذ هذه قاعدة ما ورد من الشرع على خلاف القياس اه .

(٢) ولا يرجع الوارث على المشترى بما استغل قبل قبض المبيع بل تكون الفوائد للمشترى كسلعة المفلس اه .

(٣) ما لم يكن البيع بعد الحكم فلا ينقض ولو كان الوارث وقت البيع صغيراً إذ الحاكم لا يسوغ البيع إلا لعدم المصلحة للصغير في بقائه أو أخذه أو عدم المال له اه .

الأولوية لا بحق الشفعة إلا أن يكون له سبب من أسباب الشفعة من جوار أو غيره خير . وأما ما باعه الوصى من تركت الميت لما يحتاجه صغار الورثة من نفقة ومؤنة ، فليس لهم الاسترجاع إذ هم كالبائعين بأنفسهم .

﴿ والفرق بين أخذ المبيع بالشفعة المطلقة وبين أخذه بشفعة الأولوية ﴾ من وجوه ستة : « الأول » أن الأخذ بالأولوية على التراخى ما لم يأذن أو يرضى ، «والثانى» أن الأخذ بها أقدم من الأخذ بالشفعة مطلقاً يعنى ولو كان الشافع خليطاً ، « والثالث » أن حقها يبطل بالابطال قبل البيع ، « والرابع » أنها تثبت مع فساد البيع ، « والخامس » أنها تؤخذ بالقيمة لا بالثمن ولو دفع فيه أكثر إلا حيث يكون الدين أكثر من التركة وجب دفع الزائد ، « والسادس » أن حقها بين الورثة على قدر الانصباء لا على عدد الرؤوس إذا طلبها الكل ، فإن طلبها البعض فلا يأخذ إلا حصته، والباقى بالشفعة المطلقة إذا كان له سبب غير هذا يشفع المبيع به وفى الأخذ بالشفعة المطلقة عكس هذه الستة الأحكام .

﴿ نعم ﴾ ويتفقان فى أن المشترى إذا أخرج المبيع عن ملكه كان للورثة وللشفيع نقضه وأخذه وفى أنه لو مات من يستحقها انتقل الحق لورثته .

﴿ فصل تجب ﴾ أى تثبت الشفعة ﴿ فى كل عين ﴾ ولو فى الدراهم والدنانير لا فى المنافع كالإجارة ولا فى الحقوق كالاستطراق لو بيعت أرض ولها حق الاستطراق فى الأخرى فليس لذى الأرض الذى فيها الحق وهو الاستطراق أن يشفع بها ذلك الحق ولا تثبت الشفعة فى الدين لو أمهر زوجتيه عبداً فى الذمة ثم اشترى نصفه من إحداها لم يصح أن تشفع الأخرى فيه . وقوله ﴿ ملكت ﴾ لتخرج الإجارة والعارية والإباحة فلا شفعة فيها . وقوله ﴿ بعقد ﴾ ليخرج الميراث والإقرار والوصية وما ملك بالشفعة لأنه يؤدى إلى التسلسل وما ملك بالقسمة ولو بتمليك ولو قلنا إن القسمة بيع وما ملك بالاحياء أو الغنيمة والوصية وما أخذه الوارث بالأولوية سواء كان بعقد

أم بدونه إلا إذا أبطل الوارث حق الأولوية ثم اشترى من الوصى ما باعه لقضاء دين أو نحوه شفع فيه .

وقوله ﴿ صحيح[١] ﴾ « نافذ » ليخرج ما ملكه ببيع فاسد فلا شفعة فيه إذ اللازم القيمة، وهى إنما تكون بالثمن والعبرة فى فساد العقد بمذهب البيعين لا بمذهب الشفيع ، فإن اختلف مذهبهما فلا شفعة مالم يحكم بصحته . وفى حكم الفاسد الصلح بمعلوم عن مجهول . وقولنا « نافذ » ليخرج العقد الموقوف قبل نفوذه فلا تصح الشفعة قبل إجازته كالخيار للبائع أولهما . قال فى البيان : من اشترى لغيره شيئا وقام فيه شفيع ، فإن كان المشترى فضولياً فالطلب إلى المشترى له بعد إجازته .

﴿ فرع ﴾ وتثبت الشفعة فى مناقلة أرض بأرض إذا كانت المناقلة بلفظ البيع أو جرى عرف بأنها تفيد التمليك وتلزم القيمة يعنى قيمة ما قابلها .

وقوله ﴿ بعوض ﴾ مظهر يحترز مما ملك بغير عوض كالهبة والصدقة والنذر ، بغير عوض أو بعوض مضمر واو فسر من بعد . وقوله ﴿ معلوم ﴾ يحترز مما ملك بعوض مجهول كالصلح بمعلوم عن مجهول ، وهذا على فرض صحة الصلح المذكور ، وسيأتى فى بابه عدم صحته إذا كان بمعنى البيع لجهالة الثمن . وقوله ﴿ مال ﴾ يحترز مما ملك بعوض غير مال كعوض الخلع والمهر وعوض المستأجر[٢] والصلح عن دم العمد أو القود أو القتل ، فلا شفعة فى هذه الأشياء لا إذا صالح عن الدية وأطلق أوعنهما معا فتثبت الشفعة ويدفع الشفيع قيمة أى أنواع الدية شاء . وكذا فيما صولح

---

(١) وتثبت فى المخير كما تقدم اه .

(٢) وصورته أن يؤجر داراً أو نحوها بأرض معلومة فلا شفعة فى الأرض لأن المنافع ليست بمال ، هذا هو المختار للمذهب . وقال أبو طالب وقوله فى الفتح والبيان : « إن الشفعة تثبت فى عوض المنافع » فيشفع الأرض المعلومة التى جعلت عوضا عن منفعة الدار بأجرة المثل للدار لأن المشفوع فيه مال كما لو اشترى أرضاً بثوب سلم قيمة الثوب لا هو بعينه فكذا يسلم قيمة المنفعة وهى مال ،فعرفت قوة قول : أبى طالب اه .

عن أرش معلوم فيأخذه الشفيع بالأرش ولو حكومة .

﴿ مسئلة ﴾ ومن أوصى بعوضع معين عن حجة الإسلام فاستأجر الوصى حاجا عن ذلك الميت بذلك الموضع المعين ، فلا شفعة للشريك فى ذلك ولا لغيره ، ومهما اجتمعت الشروط ثبتت الشفعة فى العين المبيعة ﴿ على أى صفة[1] كانت ﴾ تلك العين سواء كانت تحتمل القسمة أم لا ، وسواء كانت من المنقول أم لا ، وسواء كان المنقول طعاما أم غيره فى مدفن أم لا ، وسواء كانا شريكين فيه من الأصل أم خلطا، من المثلى أو القيمى فقد صارا شريكين للالتباس .

ولما فرغ الإمام عليه السلام من بيان ماتثبت فيه الشفعة شرع فى بيان الأسباب التى تثبت الشفعة لمن ملك أى واحد منها ، وهى أربعة على الترتيب[2] ، فقال : ﴿ الأول ﴾ ﴿ لكل شريك[3] ﴾ سواء كان آدميا أم غيره كالمسجد والطريق فإنهما يشفعان فيما يملكانه لا بما وقف عليهما . ووصية العوام وقف لا ملك فلا يشفع بها ، وسواء كان المشفوع وقفاً أم بيت مال أو غيرهما ، وسواء كان الآدمى مؤمنا أم فاسقاً أم كافراً على مثله فى خططهم ، وسواء كان الآدمى أيضا كبيراً أم صغيراً ولو حملا ولو مجنونا ، ويطلبها لهما ولى مالهما أو هما متى بلغا . وقوله ﴿ مالك ﴾ يحترز من ثلاثة أشياء فلا شفعة بها : ﴿ أحدها ﴾ أرض بيت المال ولو اشتراها ذو الولاية فليس للامام أن يشفع بها لأن الشراء هنا لغير معين بخلاف المسجد ، فهو كالآدمى المعين فتثبت الشفعة لملك المسجد، والملك يكون للمسجد فى كل ما اشترى له من غلة وقفه كما مرّ . ﴿ الثانى ﴾ الموقوف عليه فيدخل فى ذلك المسجد ، فلا شفعة له بأرضه

---

(١) تأكيد وإلا فقد شمل هنا قوله فى كل عين اهـ .

(٢) وقد جمعها فى قوله :

خليط وشرب ثم شركة منهج ومن بعد ذاحق الجوار الملاصق اهـ .

(٣) ينظر هل لقوله لكل شريك مزيد فائدة على ما لو قال لكل مالك كما هى عبارة الأثمار اهـ .

الموقوفة عليه . « الثالث » المستأجر والمستعار فلا شفعة بهما .

وإنما تثبت الشفعة للمالك ﴿ فى الأصل ﴾ أى إذا كان خليطا فى أصل تلك العين المبيعة، يحترز من المالك للحق كالاستطراق وحق السبيل فلا شفعة له به سواء كان مستقلا،وصورته: أن يجرى الماء فى أرض مباحة ثم يجىء الغير بجنب مجرى الماء ، فإذا بيع هذا المحيا فليس لصاحب المجرى الشفعة به ، أو كان الحق غير مستقل بل فى ملك الغير.

وصورته : أن يبيع أرضا ويستثنى مرور الماء فيها ، أو يوصى له بمرور الماء فى ملك الموصى ، فلا شفعة له بذلك الحق ، وإنما قدمت الشفعة بالخلطة لأنها أعلى الأسباب لقوتها وإجماع العلماء . ولأن الشفعة موضوعة لدفع الضرر والضرر فيها أكثر .

﴿ فرع ﴾ وإذا كانت الشركة فى الأحجار والأخشاب المعمور بها ثبتت الشفعة فيها لحصول الاشتراك ولو لم تكن العرصة مملوكة كأن تكون وقفا أو نحوه .

﴿والسبب الثانى والثالث والرابع﴾ : من أسباب الشفعة قوله ﴿ ثم ﴾ تثبت للشريك فى ﴿ الشرب ﴾ بكسر الشين ، ﴿ ثم ﴾ للشريك فى ﴿ الطريق ﴾ المملوك قرارها ، ﴿ ثم الجار الملاصق ﴾ ، فالشفعة تستحق بأى هذه الأسباب على هذا الترتيب ، فلا شفعة للشريك فى الشرب مع الشريك فى الأصل وهكذا فى الجميع ، ولا للشريك فى الطريق مع الشريك فى الشرب أو من قبله ، ولا للجار مع الشريك فى الطريق أو من قبله . والحاصل لا تثبت الشفعة للأبعد من هذه الأسباب إلا إذا ترك الشفعة من هو أقدم منه أو بطلت لسبب

﴿ أما الاشتراك فى الشرب ﴾ الذى تثبت به الشفعة ، فنحو ان يكونوا مالكين لأصل النهر أى لأرض ينبوعه أو لأصل البئر أو لمجاريهما أو لمجارى سيح السوائل العظمى أو لصبابات الجبال المنصبة إلى الأموال أو فعلوا فيها ما يوجب الملك سواء

كان المجرى متصلا بالمبيع فى الغيل والسيل ، أم غير متصل ولو جرى بعد جريه فى الملك فى مباح أو حق عام، فمهما كان الشافع مشاركا بالملك فى مجرى الماء أو مقره أو فيهما متصلاً بالمبيع أم منفصلاً ثبتت الشفعة له على التفصيل الآتى فى المقر بالخلطة وفى المجرى بالشرب ولا عبرة بملك الماء ، ولا بكونهم مستحقين لمجراه أو مقره غير مالكين فلا شفعة بذلك إذ لا شفعة إلا بالملك .

﴿ فرعان[1] ﴾ « الأول » إذا كان الماء صبابة يسقى به الأعلى ثم من تحته ثم كذلك فلا شفعة به لعدم الاشتراك فى المجرى ، فلو كان الكل مشتركين فى أصل الساقية ، ويسقون بالماء صبابة الأقرب فالأقرب مع تراضيهم بحيث لو طلبت القسمة كان لهم ذلك فإن الشفعة ثابتة بينهم لاشتراكهم فى أصل الساقية سواء كانت متصلة بالملك أم لا . « الثانى » إذا كان أهل الضيعة العلياء يقتسمونه ثم يرسلون فضلته إلى الضيعة السفلى ، فالشفعة لأهل الضيعة العليا فى ذات بينهم ولا شفعة بينهم وبين أهل السفلى بالشرب إذا كانوا يسقون صبابة إذ لا تثبت بالحق . ثم أهل السفلى إذا كانوا يقتسمون الفضلة بينهم فى مجرى مملوك لهم، فالشفعة فيها ثابتة بينهم لاشتراكهم فى المجرى .

﴿ مسئلة[2] ﴾ وإذا كانت ضياع[3] متفرقة تشرب من بئر أو غدير مشترك بينها الكل فما بيع فى إحدى الضياع ، فالشفعة فيه لأهلها على حسب الاختصاص دون سائر الضياع ، وأما نصيبها فى البئر أو الغدير حيث بيع معها أو دخل تبعا ، فالشفعة فيه لأهل الضياع الكل لأنهم شركاء فيه « إذ الشفعة فيه من باب الخلطة لا من باب الشرب » .

(١) نقلا عن البيان اه .

(٢) نقلا عن البيان اه .

(٣) والمراد بالضيعة هنا هى الأرض المشتملة على قطع متجاورات، والقطعة هى المعبرعنها عند العامة بالجربة اه .

﴿وأما الاشتراك فى الطريق وهو السبب الثالث من الأسباب التى تثبت الشفعة﴾ فذلك حيث تكون غير مسبلة بل مملوكة لأهل الاستطراق كالطريق المنسدة أو نافذه شرعت بين الأملاك . أما الطريق التى فى أعرام الأملاك ليس لصاحبها منع المار منها ، وإذا خربت لزم صاحب المال إصلاحها ، فلاتمنع الشفعة للجار الملاصق بها ونحوه كما أنه يستحق بها مالك الأرض الشفعة فى بيع مجاورتها المتصلة بها إذ الملك فيهاله وإنما للمار منها حق فقط . وكذا لو ترك كل واحد من ملكه شيئا يكون طريقا فليس باشتراك فى الطريق وإنما هو جوار فقط .

﴿ وأما الجوار الذى يستحق به الشفعة ﴾ ، فنحو الجوار فى عرصات الدور المتلاصقة فى القرار ، وإن لم يتلاصق البناء وملاصقة رقاب الأراضى المملوكة لا اتصال الساحات التى ليس فيها إلا حق فقط فلا شفعة بها كما لا شفعة بين البناء والأرض والشجر والأرض ، إذا بيع البناء دون العرصة ، والشجر دون الأرض ، وذلك لعدم الجوار ، وكذا لا شفعة بين العلو والسفل بالجوار فى الأبنية إلا بالطريق[1] ، أو عن قسمة فتثبت الشفعة ، فإن كان العلو محدثا نحو : ان يبيع الدار ويستثنى حق التعلية فبنى عليها وكانت طريقها غير طريق السفل ، فلا شفعة بينهما بالجوار ، إذ لايشتركان فى شىء . وإنما تثبت الشفعة للجار لأن بينهما فى القرار جزءاً لا ينقسم فكأنه خليط . ومن ذلك إذاباع رجل الثمرة إلى رجل ثم باع الشجرة إلى غيره فله أن يشفع الشجرة بذلك إذ بينهما جزء لاينقسم .

﴿ إن ملكت ﴾ أسباب الشفعة التى شفع بها ﴿بفاسد﴾ صحت الشفعة إذ المقصود

(١) الأولى أن يكون سبب الشفعة بين العلو والسفل فى الأبنية بالخلطة فى عرصة الدرج الذى وضعت الدرج وقطبها عليها ليكون بينهما جزء لاينقسم كما لو كان جوار العلو والسفل عن قسمة لا بالطريق وهى الدرج لأن الدرج قد تكون بين العلو والسفل من أخشاب كالمراج منفصلة عن العرصة وبناء العلو والسفل بحيث لو أرادوا رفعها لرفعت كما هى اه .

ملك السبب ولو كان ملكه بعقد فاسد فإنها تثبت الشفعة به إذا وقع بيع المشفوع فيه بعد قبض السبب بالإذن على الأصح أو وقع الحكم بصحة ذلك الفاسد ثم وقع بيع المشفوع فيه ولو قبل قبض السبب فإن كان المبيع موقوفاً وبيع بجنبه شيء قبل الإجازة كانت الشفعة لمن استقر له الملك لأنها منقطعة من يوم الإجازة إلى يوم العقد ﴿ أو فسخ ﴾ ملك ذلك السبب الذى ملكه بعقد فاسد فالشفعة لاتبطل ولو فسخ ﴿ بحكم ﴾ لأجل عيب أو فساد عقد ﴿ بعد ﴾ إن وقع ﴿ الحكم بها ﴾[1] يعنى الشفعة أو بعد التسليم طوعاً فلا تبطل الشفعة بذلك فإن تفاسخا قبل الحكم بالشفعة أو تسليمها طوعاً بطلت .

﴿ فرع ﴾ اعلم أن البائع بعقد فاسد مهما كان المبيع بقبضه لم يسلمه للمشترى فله أن يشفع به غيره لأنه قبل التسليم على ملكه وإذا شفع به وحصل الحكم بها أو سلمت طوعاً ثم سلم المبيع المشترى فلا تبطل شفعته لأن ملك المشترى من يوم القبض لا من يوم العقد فلو شفع به وقد سلمه ثم فسخ عليه بحكم فلا تتم شفعته لعدم استقرار السبب فى ملكه يوم طلبها .

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان : وما بيع بشرط الخيار ثم بيع المجاور له فإن شفع به من له الخيار صحت شفعته فإن كان هو المشترى نفذ البيع وإن كان هو البائع بطل البيع وإن لم يشفع به الذى له الخيار بطلت شفعته إن استقر له الملك مع العلم بأن له الشفعة فى مدة الخيار .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا شفع الواهب بما وهب كان رجوعاً عن الهبة ولا تصح الشفعة لأن ماشفع به لم يكن ملكه حال الشفعة ، وكذا لو شفع بما كان قد أوصى به لبعد موته كان رجوعاً عن الوصية ، ولكن تصح شفعته لأن الموصى به باق على ملكه قبل موته .

(١) أما لو ملك بعقد فاسد فشفع به ثم أراد الحاكم أن يفسخ العقد لفساده فطلب الشفيع من الحاكم تأخير الفسخ حتى يحكم له بالشفعة جاز تأخير الحكم عليه حتى يحكم له بالشفعة اه .

قال الإمام عليه السلام: ﴿ إلا ﴾ أن تكون أى هذه الأسباب ملكاً ﴿ لكافر ﴾ حال العقد فلا شفعة له[1] ﴿على مسلم مطلقاً﴾ أى سواء كان فى خططنا أم فى خططهم ولا شفعة فى المنقول وغيره لذمى على ذمى فى خططنا وهو المراد بقوله ﴿ أو كافر فى خططنا ﴾ إذ ليس لهم إلا حق السكنى فقط أو الملك بالتراضى لا بالقهر كالشفعة وأما فى خططهم فالشفعة لبعضهم على بعض ثابتة فلو بيعت دار فى خططهم ولها جاران مسلم وذمى فالمختار أنهما يشتركان فى المشفوع وسيأتى تحقيق الخطط فى كتاب السير إن شاء الله تعالى .

﴿ ولا ترتيب فى الطلب ﴾ بعد العلم بالبيع بل يشفع الجار فوراً ولو مع وجود الخليط لجواز أن تبطل شفعة الخليط فيكون قد قيدها حتى تثبت له فلو تراخى بعد العلم بالبيع مع علمه أنه يستحق الطلب مع وجود الخليط ولم يطلبها بطلت شفعته مع العلم بأن التراخى مبطل وسواء طلبها الخليط أم لم يطلبها ﴿ ولا فضل ﴾ بين الشفعاء ﴿بتعدد السبب﴾ المختلف يعنى لو كان لأحد الشفعاء شركة فى مجارى الشرب المملوكة مع كونه خليطاً للمبيع والآخر خليطاً فقط فهما فى الشفعة على سواء ﴿ و ﴾ كما لا فضل بتعدد السبب كذلك ﴿ كثرته ﴾ المتفق كأن يكون لأحدهما فى الجوار جهتان وللآخر جهة ، وكذا لو كان لأحدهما ربع وللآخر ثلاثة أرباع كانت الشفعة بينهما على سواء تستحق على عدد الرؤوس مهما تعدد الشفعاء ولا عبرة بكثرة السبب أو الملك .

أما إذا استحق الشخصان الشفعة بسبب واحد كالطريق أو الشرب لكن أحدهما أخص بالمبيع فإن الشفعة لا تكون لهما معاً ﴿ بل ﴾ للأخص دون الآخر وإنما استحقها ﴿ بخصوصه ﴾ فى السبب ، وهذا إنما يتصور فى شريكى الطريق والشرب

(١) فلو كان مسلماً حال العقد ثم ارتد قبل العلم بالبيع وطلب الشفعة فلا يصح منه الطلب حال الردة إذا كان المشترى مسلماً فإن أسلم ثبتت له الشفعة وإن لحق بدار الحرب ورث عنه اهـ .

ولو لم يكن ملكهما متصلاً بالمبيع . مثاله لو كان الزقاق لامنفذ له وفيه ثلاث دور ومدخلها الكل من باب ذلك الزقاق والدار المبيعة فى الوسط فإن صاحب الدار الأولى لايستحق الشفعة بالطريق بل صاحب الداخلة والمسامت المبيعة فى الباب لو كان ثمة مسامت لأنه ينقطع حق صاحب الدار الأولى مقابل بابها فى طريق الزقاق الذى لامنفذ له ويبقى صاحب الدار الداخلة شريكا للدار المبيعة فكان أخص فلو كانت الدار المبيعة هى الأولى استوى الداخلان فى استحقاق الشفعة فإن كانت المبيعة هى الداخلة استحق الشفعة الأوسط لأنه أخص بالطريق[١] وإذا ترك الأخص شفعته أو بطلت بسبب استحقها من بعده وهو الأقرب من السبب الأعلى ، وكذلك حكم الضياع التى يجرى إليها الماء فيعتبر الأخص من أربابها وهو من ضيعته الداخلة فى الشرب يعنى الأبعد عن النهر كما يأتى تحقيقه فى الصور ، فإذا بيعت التى إلى جنب أرضه كان أخص فى استحقاقه لشفعتها دون الخارجين عنه وعلى ذلك التحقيق فى الطريق وأبواب الدور يكون فى الساقية ومناشر الماء الذى يدخل منها إلى القطع ومسامتة أبواب الدور كسامتة مناشر الماء إلى القطع ، والطريق المشتركة لدور منحصرات كالمجرى لقطع منحصرات « فيكون[٢] الشارك للمبيعة فيه أولى من المشارك فى أصل النهر وأوائل المجرى » .

﴿ فرع ﴾ ومن استحق القطعة بالشفعة استحق نصيبها من الغدير ولو لم تكن متصلة بالغدير لاستوائهم فيه كما لو اشتراها لأن الحق يدخل تبعاً ، وسواء قال فى المبيع ونصيبها أو حقوقها أم لا .

﴿مسئلة[٣]﴾ إذا كانت عين نابعة مشتركة بين ضيعتين متباعدتين فبيعت إحداهما

---

(١) كما هو المختار ولا يقال الشفعة هنا بالجوار اه .

(٢) عبارة شرح المجموع للمعنى اه .

(٣) نقلت من البيان مع بعض تصرف وزيادة إصلاح للايضاح اه .

بحقوقها ثبتت الشفعة فيها لصاحب الضيعة الثانية لاشتراكهما فى ملك قرار العين سواء كان مجرى الماء حقاً لهما أم ملكا، وسواء كان متصلا بالضيعتين أم منقطعاً ولم يصل الماء إليهما إلا بعد جريه فى مباح أو حق عام . فإن كان قرار العين حقاً لهما لا ملكا ومجرى الماء حقاً كذلك فلا شفعة لأن الشفعة لاتثبت بالحقوق ، وأما إذا كان مجرى الماء ملكاً لهما ثبتت الشفعة بينهما بالشرب ولو كان الماء يصل إليه من مباح كالسيل فى السوائل المباحة .

﴿ وتجب ﴾ الشفعة أى تثبت ﴿ بالبيع ﴾ فلا يصح طلبها ولا إبطالها قبله ﴿ وتستحق بالطلب ﴾ والمراد تتوقف على الطلب لأن حق الشفيع العام سابق لملك المشترى كامن فى حدها. وهنا حق خاص بعد الطلب وله فوائد ثلاث: « الأولى » أن المشترى لا يكون متعدياً بما فعل قبل طلب الشفيع ولو علم أنه سيطلب « الثانية » أن الشفعة لاتورث قبل الطلب بعد علمه والتمكن من الطلب «الثالثة» امتناع الفسخ والتقايل بعد طلبها .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا طلب الشفيع الشفعة كان للمشترى مطالبة الشفيع ومرافعته إلى الحاكم ليضرب له أجلاً لتسليم الثمن إلى ثلاثة أيام أو أزيد حسبما يراه الحاكم كافياً لتحصيل الثمن أو يأخذ منه كفيلاً بذلك ويشترط الحاكم على الشفيع بطلان شفعته إن لم يأت بالثمن فى الوقت المضروب فإن عجز عن تحصيل الثمن أبطل الحاكم شفعته ولو لم يقبل الشرط ، وهذا بخلاف سائر الدعاوى فإن المدعى عليه لايقول للمدعى تمم على دعواك وإلا ضمنت أنك إذا لم تطالب إلى يوم كذا فقد أبطلت دعواك لأن هنا على المشترى مضرة من حيث انه لايتصرف فى المبيع بعد طلب الشفعة إلا ويكون متعدياً فلو أن الشفيع فر قبل أخذ الكفيل منه بذلك ولم يشرط عليه الحاكم كذلك لم تبطل شفعته بل يبقى على شفعته ، وإن لحق المشترى الضرر .

﴿ ويملك ﴾ الشفوع فيه بأحد أمرين : إما ﴿ بالحكم ﴾ على المشترى بالشفعة

﴿ أو ﴾ بعد ﴿ التسليم ﴾ لها من المشترى ﴿ طوعاً ﴾ منـه ولو قبل القبض فلا يملك الشفيع المشفوع قبل حصول أحد هذين الأمرين ، ولهذا فائدتان : « الأولى » إن تصرف الشفيع فى المشفوع فيـه قبل أن يحصل أحـد هذين الأمرين لا يصح . « الثانية » أن الشفيع قبل ذلك لايستحق الأجرة لتلف المنافع فلو تلفت الرقبة كان ضمانه كضمان المبيع حيث سلم طوعاً لا إذا سلم بالحـكم استحق الضمان إن جنى أو فرط والأجرة مطلقاً ولو قبل القبض .

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان وحاشيته : وإذا كانت الشفعة لمال المضاربة فإن كانت المضاربة فاسدة أو صحيحة ولا ربح فيها فالشفعة لرب المـال لأن العامل لاحق له مع فساد المضاربة أو عدم الربح فى الصحيحة وله أن يطلبها لمال المضاربة الصحيحة مع عدم الربح لأنه وكيل لرب المال فيه إذا بقى معه من مالها مايفى بالثمن غير هـذا الذى شفع به[(١)] . فإن لم يبق شىء كانت الشفعة لرب المال فإن لم يطلبها العامل فلرب المال أن يطلبها لنفسه وحيث المضاربة صحيحة وقد حصل فيها ربح[(٢)] فالشفعة لهما معاً على سواء يطلبها كل واحد لنفسه وليس للعامل أن يطالب المالك .

﴿ والحاصل ﴾[(٣)] أن الشفعة لرب المال حيث كانت فاسدة أو صحيحة ولا ربح ولا مال للمضاربة أو كان لا يفى ، وتـكون للمال حيث يفى مال المضاربة سواء كان ثمة ربح أم لا وتـكون للمالك وللعامل نصفين : ومن ترك شفعته أخذها الثانى مع الصحة والربح ومال يفى .

(١) نحو أن يكون رأس مال المضاربة مائة فاشترى نصف حيوان بخمسين فإذا بيع النصف الآخر شفعه بمال المضاربة الباقى وهو خمسون اه .

(٢) (فرع) وهذا حيث استمر الربح إلى وقت قسمته إذ لو بطل من بعـد بطلت شفعة العامل لأنه تبين أنه غير شريك فيبطل ما أخذ وتـكون الشفعة لرب المال إذا كان الحـكم بها أو التسليم بالتراضى لا بعد أحدهما فقد ملـكها العامل فلا تبطل فى حصته وإن لم يستمر الربح إلى وقت قسمته اه .

(٣) يستفاد من الزهور اه .

﴿ فائدة جليلة ﴾ قد رأيت إتماماً للفائدة وتقريباً فى البيان أن أحرر ضابطاً فى الشفعة بالشرب ثم أرسم صوراً من أشكال الشفعة فيه ثم فى الشفعة بالطريق ثم بالجوار إذا تعددت صفقات البيع كما يأتى فى شكل ١١ و ١٢ .

﴿ أما ضابط الشفعة بالشرب ﴾ فنقول: إذا كان خروج المـاء من ملك مشترك كأصل ينبوع النهر والبئر أو كان خروجه من مقر له كالمأجل والغدير والسد ونحو ذلك وكان مملوكاً مشتركاً سواء كان تسقى به جهة واحدة أم جهات متفرقة وكل جهة مشتملة على جملة قطع وهى المعروفة بالجرب ، فإذا كان البيع لقطعة من أى الجهات التى تسقى من ذلك الملك المشترك وهو النهر ونحوه أو المأجل ونحوه فالشفعة فى القطعة المبيعة تثبت بالشرب وهى الساقية التى تشرب منها قطع تلك الجهة لأجل جهتها على حسب الاختصاص كما يأتى تحقيقه. وأما نصيبها فى البئر أو الغدير حيث بيع معها أو دخل تبعاً فالشفعة فيه لأهل الجهة الـكل لأنهم شركاء فيه : هذا ماوجدناه فى البيان مختاراً للمذهب سواء كانت القطعة المبيعة متصلة بالمشترك بنفسها أم بواسطة ساقية الماء أم منفصلة عنـه ولو لم يصل إلى المبيع إلا بمجريه فى مباح أو حق عام هذا هو المختار ، وإن كان البيع فى ينبوع النهر أو البئر أو فى قرار الماء فى الماجل أو نحوه فالشفعة فيـه أيضاً لجميع المشتركين فيه لاشتراكهم بالملك فيه وتـكون الشفعة فى ينبوع الماء أو فى مقره من باب الخلطة لا من باب الشرب ، والمراد بالشرب الساقية التى يجرى المـاء فيها فتشرب منها قطع مملوكات منحصرات وكان ذلك المجرى من ساقية أو شريج أو نحوه على حسب الاصطلاحات مملوكاً لأرباب تلك القطع[1] أو فعلوا فيه مايوجب الملك لهم، وسواء كان الماء يصل إليـه من سيل

(١) ولو كان المسقى ملـكا مشتركا بين شخصين يسقيان به قطعة واحدة لهما فالشفعة ثابتـة بينهما بالشرب بين مالك « المدغر » أى محل ابتداء دخول الماء إلى القطعة وبين مالك « الموقر » أى منتهى القطعة ولا حق فى الشفعة للجار الملاصق بالمبيع اه .

مباح كالسوائل المظام وصبابات الجبال ، أم من منبع مملوك كالنهر والبئر أو من مقر مملوك كالماجل ونحوه ، فالشفعة فى هذه الصور تثبت بالشرب فى القطعة المبيعة بين مالكى تلك القطع التى تسق من ذلك المجرى المشترك على حسب الاختصاص ، وأما إذا كان الماء يجرى فى مباح كالسوائل المظام وصبابات الجبال حتى يتصل بالأرض التى تشرب منه فلا شفعة بالشرب فيما بيع من تلك الأرض لأنه لم يجر فى ملك مشترك تشرب منه الأرض، بل شربت من ذلك المجرى المباح، وسواء شربت الأرض منه موجاً أى عم قطعاً كثيرة أم سيحاً وصبابة أى دخل إلى القطعة الأولى فساح منها وانصب إلى الأخرى كما فى شكل ٩ لأن انصباب الماء إلى الأول من مباح ثم انصبابه منها إلى الأخرى من ملك خاص إلى ملك خاص يثبت حقاً فقط والحقوق لا تثبت بها الشفعة ، وعلى الجملة إن حكم الممر للماء فى الشرب إذا كان ملكا مشتركا بين قطع منحصرات تشرب منه حكم الطريق المملوكة لأهل دور منحصرات .

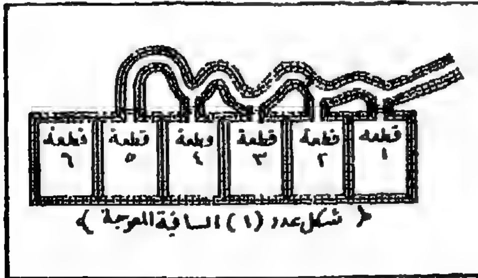
هذا ما تيسر تلخيصه بعد إنعام النظر وإن تجاوز حد المختصر فالمسألة تستدعى الإيضاح .

﴿ أما أشكال صور الشفعة بالشرب ﴾

فهى ﴿ تسع ﴾ :

﴿ الشكل الأول ﴾

صورة ما إذا كانت الساقية معوجة ، فإذا بيعت القطعة الأولى كانت الشفعة لمن بعدها



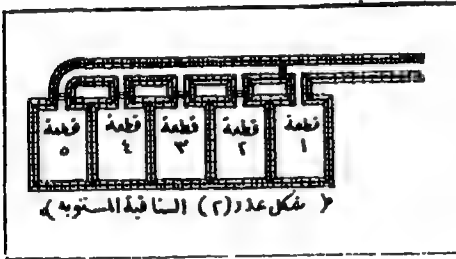
﴿ شكل عدد (١) الساقية المعوجة ﴾

من الثانية إلى الخامسة على سواء ولا أخصية لأحد . وإن بيعت الثانية كانت الشفعة فيها على حسب الاختصاص بالشرب من الساقية فيبطل حق الأول لأنه انقطع حق مالكها عند منشرة مشرب قطعته وتثبت الشفعة لمن بعدها من الثالثة إلى الخامسة

على سواء أيضاً . ولا أخصية لأحـد ، وإن بيعت الثالثة بطل حق الثانيـة والأولى وتثبت الشفعة للرابعة والخامسة على سواء . وإن بيعت الرابعة بطل حق الثالثة ومن قبلها وتثبت الشـفعة لمالك الخامسة فقط لاخصيتها بمجرى الماء دون غـيرها . وإن بيعت الخامسة ثبتت الشفعة لمالك القطعة الرابعة لأن جرى الماء متصل فيكون أخص ممن قبله[1] . وقس على هـذا المثال بقية المثُل مهما طالت الساقية وتعددت القطع فأخرج من سبب الشفعة المتقدمات فى السقى وأثبته للمتأخرات . وكذا ما أحلنا مثاله من اشكال الصور الأخر فقسه على هذا .

﴿ الشكل الثانى ﴾

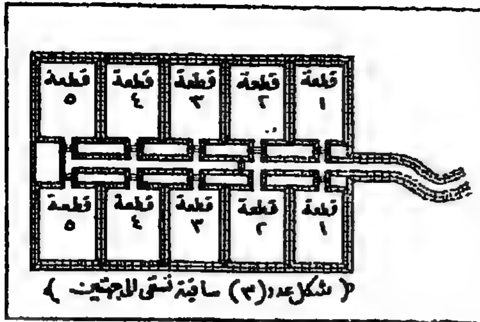
صورة ما إذا كانت الساقية غـير معوجة فالحكم فيها كما سبق فى الساقية المعوجة شكل عدد « ١ » .



« شكل عدد (٢) الساقية المستوية »

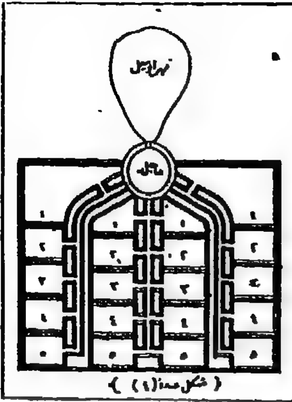
(١) هـذا هو المختار لأن أهل المذهب لم يعتبروا الشفعة فى بيع الخامسة للرابعة بالجوار لانقطاع الشرب بل جعلوا السبب للرابعة هو الشرب كما مثلنا إذ لو اعتبروا الجوار هنا لـكان مالك القطعة السادسة وهى التى لم تشرب من الساقية شريكا فى شفعة الخامسة مع مالك الرابعة بسبب الجوار لها وليس كذلك . وهكذا الحكم فى الشفعة بالطريق المملوكة إذا بيعت دار فى أقصى الشارع المنسد عادت الشفعة لأول دار قبلها بسبب الطريق لا بالجوار كما أوضحنا فى شرح قوله (بل بخصوصه) اهـ .

﴿ الشكل الثالث ﴾



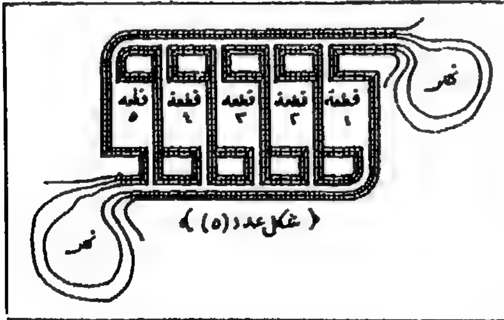
﴿ شكل عدد (٣) ساقية تسقى للجهتين ﴾

صورة الساقية المتوسطة بين الأملاك التى تسقى إلى جهتين إذا بيعت القطعة الأولى كانت الشفعة لمن سامتها وهى الأولى من الجهة المقابلة ولمن فوقها من الجهتين من الثانية إلى الخامسة لاأخصية لأحداها دون الأخرى بل الجميع على سواء . . بيعت القطعة الثانية بطل حق الخارجتين الأوليين وتثبت الشفعة لمن سامتها وهى الثانية من الجهة المقابلة ولمن فوقهما من الجهتين من الثالثة إلى الخامسة الجميع على سواء . . بيعت الثالثة بطل حق الخارجتين الثانية والاولى من الجهتين وتثبت الشفعة للمسامتة وهى الرابعة والخامستين من الجهتين الجميع على سواء . . بيعتا معاً يعنى الرابعتين من الجهتين بطل حق من قبلهما من الثالثة إلى الأولى من الجهتين وتثبت الشفعة لمالكى الشربتين اللتين فوقهما على سواء ، وهما الخامستان من الجهتين لأن ملكهما فى الساقية متصل . . بيعت القطعة الخامسة بطل حق الرابعة ومن قبلها من الجهتين وتثبت الشفعة للمسامتة وهى الخامسة من الجهة المقابلة . . بيعتا معاً يعنى الخامستين من الجهتين بصفقة واحدة ثبتت الشفعة للرابعتين من الجهتين لأن جرى الماء متصل فيكون أخص ممن قبلهما ، وقس على ما مثلنا بقية الأمثلة مهما طالت الساقية وتعددت القطع أكثر مما مثلنا . وكذا ما أحلنا مثاله من أشكال الصور الأخر فقسه عليه . وهكذا الحكم فى الشفعة بالطريق المملوكة فى الزقاق المنسد إذا كانت دوره على يمين وشمال وأبوابها إليه .



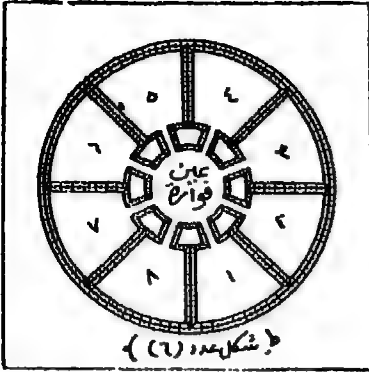
﴿ الشكل الرابع ﴾

صورة ماء النهر أو السيل المجتمع إلى محل مملوك كالماجل أو الغدير ثم يكون خروجه من الماجل أو الغدير إلى ثلاث جهات فنقول على جهة الإجمال: إذا بيعت قطعة من أى الجهات كانت الشفعة لأهلها خاصة دون غيرها ثم نفصل بين الثلاث الجهات فنقول: إن كانت البيعة من ساقيتى اليمين والشمال فالشفعة فى المبيع لأهل الجهة على حسب الإختصاص كما أوضحناه بشكل عدد «١» وإن كان المبيع من قطع الساقية الوسطى التى تسق جانبين فالشفعة على حسب ما بيناه بشكل «٣» .



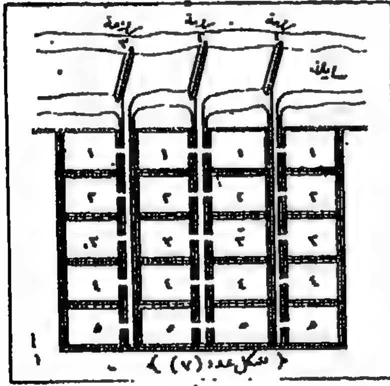
﴿ الشكل الخامس ﴾

صورة النهرين اللذين تسق بهما ضيْمة واحدة ذات قطع متجاورات ، ابتداء السق بأحدهما من عند القطعة الأولى والثانى من عند القطعة الخامسة سواء كانا فى ساقية واحدة أم كل منهما فى جهة مقابلة للأخرى فى ساقية منفردة كما فى الصورة ، فنقول: إذا بيعت إحدى القطع كانت الشفعة للجميع لأنك إن قدرت أن الثانية هى التى بيعت ثبتت الشفعة للداخل وانقطع حق الخارج وهى الأولى ولكن باعتبار النهر الثانى هى داخلة فى مقام الخامسة وإذا كان كذلك فالشفعة ثابتة للجميع على كل حال .



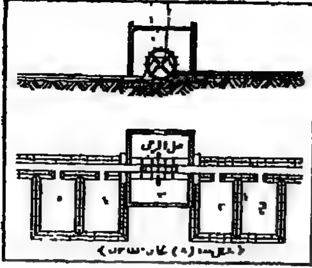
﴿الشكل السادس﴾

صورة العين الفوّارة المحيطة بها الأموال وكل واحد من الملاك يسق قطعته من جهتها بدون استخراج الماء ولا قرّ ولا جرى فى ملك مشترك لهم جميعا فإذا بيعت إحدى القطع المحيطة بها فلا شفعة بالشرب لأنهم لم يشتركوا فى مجرى مملوك لهم بل الشفعة تثبت بينهم بالخلطة أو الجوار .



﴿الشكل السابع﴾

يمثل لنا إذا كان السيل يجرى فى سائلة مباحة ولكن وضع الملاك مقابل أملاكهم فى السائلة رزماً تعدل السيل أو بعضه من السائلة إلى أملاكهم بواسطة الساقية فنقول ، الملاك قد اشتركوا فيما يوجب الملك لهم وهى الرزمة لتعديل ممر الماء إلى أملاكهم فثبتت لهم بالرزمة والساقية الشفعة بالشرب على حسب الاختصاص فالرزمة الأولى تسق ضيمة واحدة الشفعة فيها كما مثلنا فى شكل «١» وكذا الرزمة الثالثة ، وأما الرزمة الثانية وهى المتوسطة فالشفعة فيها كما مثلنا فى شكل «٣» .



﴿ الشكل الثامن ﴾

صورة الرحى التى تدور بجرى ماء النهر فى محورها فإذا كان قرارالرحى ملـكا لرجل والنهر والأرض المجاورة لمحل الرحى لآخر فالشفعة تثبت بين مالك محل الرحى ومجاوره بالجوار أو بالطريق إذا كان طريق محل الرحى ومجاوره واحدة ملـكا لهما ، فلو باع مالك الأرض القطعة الأولى فليس لمالك محل الرحى الشفعة لعـدم الجوار فلو باع القطعة الثانية أو الرابعة كان لمالك محل الرحى الشفعة لأنه جار ملاصق . وأن بيع قرار الرحى كان لمالك القطعة الثانية والرابعة الشفعة بالحوار . وأما إذا كان المبيع متناولا للرحى فقط فلا شفعة فيها .

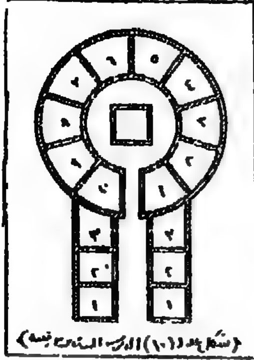


﴿ الشكل التاسع ﴾

صـورة الأرض التى تشرب من السيح وهو الماء الجارى الظاهر على وجه الأرض فى سهل أو أكمة أو النازل من الجبل صبابة إلى الأعلى وهى أول قطعة ثم يسيح منهـا فينصب إلى التى تحتها وهى الثانية ثم يسح منها فينصب إلى الثالثة ثم كذلك إلى آخر قطعة فلا شفعة فى هذه الصورة بالشرب صبابة لعدم اشتراك أرباب القطع بالملك فى مجرى الماء بل الشفعة تـكون بالخلطة أو الطريق أو الجوار لأن انصباب الماء من أعلى إلى أسفل يثبت حقاً فقط والحقوق لا تثبت بها الشفعة .

﴿ وأما أشكال الاشتراك فى الطريق ﴾

التى تثبت بها الشفعة فقد أثبتنا هنا شكلا واحداً وأحلنا البقية على الأشكال المتقدمة فى الشرب لاتفاقهما شكلا وحكما .



(شكل عدد (١٠) الدرب المستدير)

﴿ الشكل العاشر ﴾

يمثل لنا صورة الدرب الدوار أى المستدير بالدور والشفعة فيه لجميع أهل الدرب بالطريق على سواء بشرط أن يكون فى وسطه(١) ما يقتضى بأن يدور المالكون حوله من أكمة أو دار أو غيرهما فى طريق مملوكة للجميع سواء كانت المبيعة الأولى أم الخامسة أم العاشرة لأن كل مالك من أهل الدرب لم ينقطع حق داره من الاستطراق لأنه إذا أراد الدخول إلى داره فمن أى الجهتين أراد الدخول دخل وإذا ثبتت له الطريق من أين شاء ثبتت الشفعة ولا أخصية لأحد على الآخر ، فلو كانت الدار السادسة أو غيرها مفتحا بابها موجها إلى خارج الدرب فالشفعة بها وفيها لا تكون إلا بالجوار أو الخلطة فإذا بيعت السادسة كان لمالك الخامسة والسابعة الشفعة بالجوار ولا شفعة لبقية أهل الدرب لعدم الجوار اللاصق وعدم الطريق فى حق المبيعة من دربهم . أما إذا كان فى مدخل باب الدرب رقبة دور متقابلة كابتداء الشارع كما فى الصورة من الدار الأولى إلى الثالثة فحكمها فى الشفعة حكم الشارع المنسد تثبت الشفعة بالطريق لمن سامت المبيعة ومن كان داخلا عنها من الرقبة فى الجهتين وأهل الدرب جميعا ولا حق لمن كان خارجا عن المبيعة . فإن بيعت إحدى دور الدرب ثبتت الشفعة لجميع أهل الدرب ما عدا أهل الرقبة من الجهتين فلا حق لهم .

﴿ وأما الشفعة بالطريق فى الشارع المنسد ﴾ والدور فيه من جهة واحدة فالشفعة لأهله كما مثلنا فى شكل عدد « ١ » فى الشفعة بالشرب : اجعل الساقية طريقا والقطع دوراً ومناشر الشرب أبوابا ومثل بما هناك هنا ، وكذا فى الشارع المنسد والدور فيه

---

(١) أما لو كان وسطه خاليا فحكمه حكم الشارع المنسد اه .

من الجانبين حكمه ماسبق فى شكل ٣ سواء بسواء فإن كان الشارع غير منسد والطريق مملوكة لأهل الشارع بين أملاكهم نافذة من أعلاه وأسفله كأن تكون عرصة اشتراها جماعة منحصرين فعمروا فيها دوراً من يمين وشمال فإذا بيعت إحدى الدور من يمين أو شمال كانت الشفعة لهم جميعاً كما قلنا فى شكل « ٥ » وكما قلنا فى الدرب المستدير فى شكل « ١٠ » ، فأما لو كانت الطريق غير منسدة وغير مملوكة أو ملتبسة بالملك والتسبيل فلا شفعة بالطريق بل بالجوار إذا لم يكن ثمة خلطة ، ونظيره فى الأرض التى تشرب صبابة شكل « ٩ » وهكذا إذا كان فى أقصى الشارع المنسد مسجد بكمال شروط التسبيل بطلت الشفعة بالطريق فى الشارع وصار حكمه حكم الشارع النافذ إذا كانت طريقه غير مملوكة ، وكذا إذا كان المسجد فى ثلث الشارع المنسد أو نصفه بطلت الشفعة بالطريق لمن كان خارجاً عن باب المسجد ومسامتاً له وكانت الشفعة بينهم بالجوار وثبتت الشفعة بالطريق لمن كان داخلاً عن باب المسجد إلى أقصى الشارع على حسب الاختصاص ما لم يكن باب المسجد إلى غير الشارع المذكور فحكم الشارع حكم المنسد .

﴿٢٤٠﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان ماتبطل به الشفعة ومسائل تتعلق بذلك ﴿و﴾ ﴿جملة ما تبطل به الشفعة اثنا عشر أمراً﴾ :

﴿الأول﴾ : ﴿تبطل[1] بالتسليم[2] بعد﴾ صدور ﴿البيع﴾ ، فإذا قال المشترى للشفيع أو لغيره بعد البيع بلفظ يُفيد الابطال سواء أفاد بصريحه أو بالدلالة عليه ،

(١) (مسئلة) ويجوز على المختار الحيلة لإبطال الشفعة قبل البيع وبعده قبل الطلب وعليه الازهار فيا يأتى أول فصل ٢٤٢ فى قوله : (وللمشترى قبل الطلب الانتفاع والإتلاف لا بعده) ولا يجوز لأن فيه إبطال حق خاص قد ثبت بغيره وهو الطلب ، ولهذا قلنا فى حدها أول الباب « هو الحق العام السابق لتصرف المشترى » ، وفى قوله : «وتستحق بالطلب» . قلنا المراد يتوقف تصرف المشترى فى المبيع لأن الحق بعد الطلب خاص للشفيع فلا يجوز إبطاله . أما الحيلة لإبطال الشفعة فنحو أن يهب البائع للمشترى جزءاً من المبيع مشاعاً ثم يبيع منه الباقى فلا شفعة فيه لغير خليط . ومنها أن يستثنى البائع جزءاً ملاصقاً للجار فى العقار . ومنها أن يبيع بثمن كثير لا يأخذه الشفيع ثم يهب الزائد فيه للمشترى أو يقبضه عنه عروضاً قيمته قدر ماتراضيا به من الثمن ، ومنها أن يبيع بدراهم معلومة وصبرة من طعام لم يعلم قدرها بطلت الشفعة. هذا ماوجدناه منصوصاً لأهل المذهب . ولكن رأى مولانا إمام العصر حفظه الله وأرشده إلى السداد إبطال أكثر هذه الحيل لأدلة واضحة ومصالح راجحة ، فمن اختياراته أن الهبة والنذر ونحوها الكائنة من البائع للمشترى بجزء من المبيع لأجل التحيل لمنع الشفعة لا اعتبار لذلك لأن ذلك لا يكون إلا بعد التواطؤ على ثمن الجميع ويكون التعبير باللفظ المجرد عن المعنى بالنذر ونحوه لا حكم له إذ لو لم يتم البيع لرجع البائع عما نذر به على المشترى . وكذا الصبرة الكائنة فى الثمن لا اعتبار بها كالزيادة فى الثمن بعد العقد وهى لا تلزم الشفيع كما هو المقرر للمذهب لأنها لا تكون إلا بعد التواطؤ على الثمن ، وإذا فرض كونها من الثمن حقيقة لزم الشافع قدر قيمتها فالجهالة فى مثلها يسيرة دون جهالة ثمن مايشفع من مبيع كثير ولا سبب للشافع إلا فى البعض فإنه يرجع فى معرفة الثمن كله إلى نسبته من القيمة وذلك أكثر جهالة اهـ .

(٢) ظاهر إطلاق بطلانها بالتسليم بعد البيع وتمليكها الغير بعد البيع ولو وقع بعد الطلب مهما لم يحكم له أو سلمت طوعاً حيث لا خيار للبائع أو لهما وإلا فلا تبطل ولا يكفى الطلب فى مدة الخيار ، وعليه الأزهار بأول فصل ٢١٠ فى قوله « وإذا انفرد به المشترى » .

«فالأول» نحو سلمت لك ما أستحقه من الشفعة أو عفوت عن شفعتى أو أبطلتهاأو أسقطتها» والثانى » نحو بع ممن شئت أو لاحاجة لى فى المبيع أو لانقد معى أو الدعاء له نحو بارك الله لك بطلت شفعته إذا قال أى لفظ من هذه الألفاظ بعد البيع لاقبله ولا حاله أو التبس أو فى مدة الخيار لهما أو للبائع فلا تبطل بذلك .

﴿ وإن جهل ﴾ الشفيع وقوع البيع فسلم الشفعة جاهلا ﴿ تقدمه ﴾ أو جهل أن التسليم مبطل بطلت شفعته ظاهراً وباطناً ولا تأثير لجهله وذلك لأنه إسقاط حق وإسقاط الحقوق يصح مع الجهل ﴿ إلا ﴾ أن يسلم الشفعة ﴿ لأمر ﴾ بلغه نحوأن يبلغه أن الثمن مائة أو يكون عند البيعين أن العقد فاسد لأن العبرة بمذهبهما لا بمذهب الشفيع كما تقدم ﴿ فارتفع ﴾ ذلك الأمر الذى لأجله سلم الشفعة بأن حط البائع من ذلك الثمن أو حكم الحاكم بصحة العقدالفاسد، ولا يحتاج إلى طلب بعد الحكم لأنه كاشف فثبتت له الشفعة ﴿ أو ﴾ ظن أن المشترى لا يشفع عليه فيما تراه فشفع عليه فله أن يشفع ، وكذا لو ترك الشفيع الشفعة لكون المشترى أباه أو أخاه ثم قام شفيع آخر فله أن يشفع ذلك ويكون كالوأخبرأن الثمن مائة وأن الشرى لزيد وسلم فانكشف ان ذلك ﴿ لم يقع[١] ﴾ بل كان الثمن خمسين والشرى لعمرو ، أو أن الثمن من جنس فانكشف من جنس آخر أوأخبر ببيع النصف فسلم فانكشف الكل أو العكس لم تبطل شفعته بذلك التسليم أو الترك ، لأن التسليم مشروط من جهة المعنى بأن يكون الثمن كما سمع

---

(١) أما لو شفع الشفيع الخليط وقيد الشفعة بالطلب ثم تقاسم المبيع هو والمشترى ثم قال : أنا باق على شفعتى بطلت شفعته ، وكذا لو تقاسما الفائدة حيث شفع الأصل بالأصل والفائدة بالفائدة فلو تقاسم المشترى والشفيع بطلت شفعته وإن لم يتقاسما الأرض كما لو سلم فى البعض ما لم تكن الفائدة لم يشملها عقد البيع وانفصلت عن المبيع قبل الحكم بالشفعة أو التسليم طوعاً فلا تبطل الشفعة بالمقاسمة هنا فيستحق المشترى فوائد قدر المبيع ويستحق الخليط فوائد قدر نصيبه فقط كما يأتى تفصيل ذلك فى شرح قوله (ويحط بحصتها من الثمن) أواخر فصل « ٢٤٢ » اهـ .

مالم يعلم من شاهد حاله أن التسليم رغبة عن الشفعة ، وكذا لو ظن أن العقد فاسد من غير إخبار حيث جرت العادة بالعقود الفاسدة فى أغلب الأحوال ، أو أن الشرى للمشترى فسلم فانكشف خلافه ، وكذا لو ترك الشفعة لكثرة الثمن ثم انكشف أنه يستحق بعض المبيع فيكون عذراً له ويشفع بالخلطة . « وعلى الجملة » أينما تركت الشفعة لغرض ثم تبين خلافه فهو على شفعته ، والقول قوله مع يمينه أنه سلمه لذلك الغرض مالم يكن الظاهر خلافه .

﴿و﴾ ﴿الأمر الثانى﴾ أن الشفعة تبطل ﴿بتمليكها الغير﴾ بعد البيع ولو جاهلا اما المشترى اوغيره ولو لغير معين نحو أن يقول : ملكتك شفعتى أو وهبتك حق فى الشفعة أو نحو ذلك، وسواء كان قبل طلب الشفعة أم بعده، وسواء كان عالماً أن التمليك يبطلها أم جاهلا ﴿ولو﴾ ملكها الغير ﴿بعوض[1]﴾ سواء كان ذلك العوض من المشترى أم من غيره فإنها تبطل[2] ﴿ولا يلزم﴾ ذلك العوض لأنها حق وبيع الحقوق لا يصح ويكون العوض فى يد الشافع مع علمه بعدم استحقاقه كالغصب إلا فى الأربعة لأنه قد سلطه على ماله ومع الجهل كالغصب فى جميع وجوهه .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الثالث ﴾ أن الشفعة تبطل ﴿ بترك الحاضر الطلب ﴾ للشفعة مع علمه أن السكوت مبطل فإذا كان الشفيع حاضراً وقت البيع ولو سكراناً فنجز البيع ولم يطلب الشفعة ﴿ فى المجلس ﴾ الذى وقع العقد فيه بطلت شفعته والعبرة بمجلس الإيجاب والقبول وإن تراخى فيه لم تبطل ما لم يعرض أو يخرج المشترى من المجلس أو الشفيع ولم يطلبها بطلت إذا كان عالماً بأن التراخى مبطل ولا يعتبر بعد الطلب

---

(١) ولو جهل كون ذلك يبطل شفعته اه بيان .

(٢) ما لم يكن التسليم مشروطا بصحة تسليم العوض وكان بعد الطلب فإذا شرط لم يصح الإسقاط إلا بتسليم ماذكر ولا يلزمه بل يبطل تسليمه الشفعة ويبقى على شفعته اه .

أن يرافع إلى الحاكم بل يكفى فى إثباتها وقيدها الطلب بدون مرافعة .

﴿ نعم ﴾ وإنما تبطل الشفعة إذا ترك الشافع الطلب ﴿ بلا عذر ﴾ له فى تركه كالخوف من ظالم أو نحوه يخشى منه الضرر أو الإجحاف إن طلب فإن كان الترك لذلك فلا تبطل وعليه البيّنة فى عذره الذى سوّغ له الترك وهو خشية الضرر أو الإجحاف ﴿ قيل ﴾ وتبطل شفعته بترك الطلب فى المجلس ﴿ وإن جهل استحقاقها ﴾ فلا تأثير للجهل بذلك والجهل على وجوه أربعة : إما أن يجهل كون الشفعة مشروعة بالجملة أو يجهل ثبوتها للجار أو لشريك الشرب أو يجهل كون المقد صحيحاً ويظنه فاسداً حيث عادة الناحية المعاملة بالفاسد ، أو يجهل كون المغصوب عليه يستحق به الشفعة فيترك الطلب فإنها تبطل شفعته لجهل أى هـــذه الوجوه عند المؤيد بالله ، والمختار أنها لاتبطل بالتراخى مع الجهل لأى هذه الوجوه ، ولكن لايقبل قوله ان تراخيه لجهل أى ذلك إلا حيث هو محتمل له نحو أن يكون قريب عهد بالإسلام أو نشأ فى ناحية لايعرف فيها حكم الشريعة ، وله أن ينكر العلم بالبيع ويحاف ماعلم به وينوى علماً يبطل الشفعة .

قيل ﴿ و ﴾ تبطل إن أخرها لجهل ﴿ تأثير التراخى ﴾ فى إبطال الشفعة والمختار أنها لاتبطل مع جهلة أن التراخى مبطل .

﴿ فرع ﴾ ولا تبطل شفعة الشفيع بتراخيه بعد علمه بالبيع مع جهل جنس الثمن أو قدره أو المشترى إذ قد يكون له غرض بتركها أو طلبها بحسب اختلاف ذلك ﴿ لا ﴾ لو جهل الشافع ﴿ ملكه السبب أو ﴾ جهل ﴿ اتصاله ﴾ بالمبيع يعنى لو علم بالبيع وأن الشفعة للسبب الفلانى إلا أنه لم يعلم أن ذلك السبب ملكه أو علم أنه ملكه لكن جهل أنه متصل بالمبيع يستحق به الشفعة فإذا ترك الطلب لذلك فلا تبطل شفعته .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الرابع ﴾ أن الشفعة تبطل ﴿ بتولى ﴾ الشافع ﴿ البيع ﴾ لما هو شفيع فيه غير فضولى بل بالولاية أو الوكالة ولم يضف لأن الحقوق تتعلق به حيث لم يضف ولو جهل أن شفعته تبطل بتولى البيع فإن أضاف البيع لمن هو عنه لم تبطل شفعته وإنما تبطل بتوليه مع عدم الإضافة « حيث شفع[1] لنفسه » إذ يلزم تسليم المبيع لتعلق الحقوق به وفى تسليمه تسليم الشفعة ، وأما لو كان يريد أن يشفع لغيره كالولى والوكيل فإن توليهما للبيع لا يبطل الشفعة على من هو متول عنه وعلى من وكله بل يبيع ويشفع المشترى لمن الشفعة له .

﴿ فرع ﴾ فلو باع مايملك وللآخر الشفعة فى ذلك ثم مات ذلك الشفيع بعد الطلب وكان البائع هو الوارث لذلك الشفيع فإنها تثبت له الشفعة لأنه قد ملك بسبب آخر وهو الميراث .

﴿ لا ﴾ لو شرط البائع أو البيعان الخيار لمن له الشفعة بإمضاء البيع فأمضاه لم تبطل شفعته لأجل ﴿ إمضائه ﴾ البيع وسواء أمضى وشفع بلفظ واحد نحو شفعت لأنه يتضمن الأمرين أو جاء بلفظ الإمضاء أولا ثم شفع فى المجلس قبل الإعراض بلفظ آخر ، فإنه لا يكون تراخياً عن الطلب لأنه لا يتم البيع وتثبت الشفعة إلا بذلك هذا حيث شرط الخيار البيعان معاً أو البائع للشفيع إذ يصح جعل الخيار من جهتى البائع والمشترى لآخر « لا حيث[2] شرط الخيار للشفيع المشترى فقط فإنه إذا مضى عالماً[3] بثبوتها له قبل الإمضاء» بطلت شفعته لأن ذلك إعراض ورضى منه ببطلان الشفعة لأن البيع قد انبرم بمجرده كما لو كان الخيار للمشترى فإنه يشفع ولا ينتظر انقضاء الخيار وإذا تراخى بطلت مع العلم فافهم[4] الفرق » .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الخامس ﴾ مما يبطل الشفعة قوله ﴿ بطلب ﴾ الشفيع

(١) من الأثمار اه (٢) من الفتح وشرحه اه (٣) من حاشية السحولى اه

(٤) عبارة شرح الفتح اه .

﴿ من ليس له طلبه ﴾ والذى له مطالبته هو المشترى ولو وكيلا حيث لم يضف لأن الحقوق تتعلق به سواء كان الطلب قبل قبض المبيع أم بعده ﴿ والحاصل ﴾ أن طلب المشترى أو وكيله بالشرى صح طلبه سواء كان المبيع فى يده أم فى يد البائع . وإن طلب البائع أو وكيله فإن كان المبيع فى يده صح طلبه وإن كان المبيع فى يد المشترى وعلم بذلك وأن شفعته تبطل بطلب البائع بطلت وإن ظن بقاءه مع البائع لم تبطل وإن علم بكونه فى يد المشترى ولكن ظن أن ذلك لا يبطل فلا تبطل وبعد العلم بالبطلان يطلب المشترى فوراً ولا يكتفى بطلب البائع وإلا بطلت .

﴿ فرع ﴾ ومن مطالبة من ليس له طلب أن يذهب الشافع إلى الحاكم لقيد شفعته قبل أن يطلب المشترى فإن كان يعلم أن طلب غير المشترى يبطل شفعته بطلت وإن كان يجهل ذلك لم تبطل ويطلب المشترى بعد ذلك بدون تراخ وإلا بطلت حيث عرف وجه البطلان إن تراخى أو طلب غير المشترى .

﴿ مسئلة[1] ﴾ وإذا ثبت البيع بإقرار البائع ثبتت الشفعة وحكم بها ولا يحتاج إلى مصادقة المشترى ولا حضوره إذا كان المبيع فى يد البائع وإن كان فى يد المشترى فلا بد من مصادقته أو قيام البينة والحكم عليه .

﴿ فرع[2] ﴾ وإذا ثبت البيع بإقرار المشترى فإن أراد تسليم المبيع للشفيع بالتراضى لم يحتج إلى حضور البائع ولا مصادقته ما لم يخاصم إذا كان المبيع فى يد المشترى وإن كان المبيع فى يد البائع فلا بد من مصادقته أو البينة من المشترى أو الشفيع والحكم وكذا لا بد من البينة من أيهما والحكم إذا كان المبيع فى يد المشترى وخاصم البائع أى أنكر البيع فالقول قوله والبينة على المشترى أو الشفيع وبعد الحكم بصحة البيع للشفيع أخذه من المشترى .

---

(١) نقلا عن البيان اه .

(٢) يستفاد وما بعده من البيان وهامشه اه .

﴿ فرع آخر ﴾ وإن ثبت البيع بعلم الحاكم لم يحتج إلى إحضار البائع وأما المشترى فلا بد من حضوره أو النصب عمن المبيع فى يده مع التمرد أو الغيبة .

﴿ والأمر السادس ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ طلب الشافع ﴿ البيع بغيرها ﴾ أى بغير الشفعة نحو أن يقول بع منى أو هب منى أو ملكنى هذا الذى استحق فيه الشفعة أو تصدق به على فإنها تبطل شفعته بذلك ولو قال ذلك بعد طلبها بلفظها المعتبر لأنه تقرير لملك المشترى وإعراض عن الشفعة وتراخ وكذا لو قال قبل طلب الشفعة هذا الشىء أو بعضه ملكى ويمنى لا بالشفعة فإذا عجز عن تصحيح دعواه لم يكن له طلب ذلك الشىء بالشفعة لأن دعوى الملك إقرار بأن البيع غير صحيح وإعراض عن الشفعة إلا أن يدعى أنه ملك بالشفعة وصرح بذلك فإنها لا تبطل شفعته إذا كان قد طلبها بلفظها المعتبر .

﴿ فرع ﴾ وطلب الشفعة فى الشىء إقرار بالملك للمشترى فلا يصح دعوى ملكه فى مجلس طلب الشفعة وتبطل شفعته ولو جاهلا لأنه إقرار ببطلان الشرى لا بعده فيصح دعوى الملك لإمكان حصوله إما بالشفعة أو بالبيع . فإن أسند الملك إلى قبل الشرى بطلت شفعته ولا تسمع دعوى الملك[1] .

﴿ والأمر السابع ﴾ من مبطلات الشفعة قوله ﴿ أو ﴾ طلب الشفيع الشفعة ﴿ بغير لفظ الطلب ﴾ المعتبر فى طلبها والغير نحو أن يقول عندك لى شفعة أو سلم لى الشفعة أو أنا أقدم منك أو سأشفعك إلا أن يجهل أو يكون قد قيدها بالطلب المعتبر قبل هذا اللفظ فلا تبطل ، والمعتبر فى لفظها هو أن يقول أنا مطالب لك الشفعة أو أطلبك الشفعة أو مستشفع أو أستشفع أو أنا شافع إذا كان عرفهم أنه طلب وإن

---

(١) « قلت » ولعله لو جاء بعلم الله لكان موافقا للمذهب كأن يقول أنا أطلبك الشفعة فيما شريته من فلان إذا علم الله أن دعواى بالملك لا تصح فإذا احترز بذلك سمع دعوى الملك ولا تبطل به الشفعة اهـ .

كان لفظه لفظ الخبر ويصح الطلب بالإشارة ممن لا يمكنه النطق وبالكتابة من ممكنه كما يصح باللفظ ولا يعد إعراضا ما لم يعرف منه الإعراض .

﴿ نعم ﴾ وإنما تبطل الشفعة فى هـذه الثلاثة الأمور وهى : الخامس والسادس والسابع إذا كان الشافع ﴿ عالما ﴾ أن ذلك يبطل شفعته لا لو جهل فلا تبطل ولهذا جعله الإمام عليه السلام عقيب الثلاثة .

﴿ والأمر الثامن ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ طلب الشافع ﴿ بعضه[1] ﴾ أى بعض المبيع نحو أن يقول الشافع للمشترى أنا مطالب لك الشفعة فى ثلث ما اشتريته بجوارى وذلك بقدر حصته من السبب ويترك ثلثيه لأخويه أو جاريه فإنها تبطل شفعته فى كل المبيع ﴿ ولو ﴾ كان جاهلا أنها تبطل ولا ينفعه فى هذه الصورة الطلب ﴿ بها ﴾ أى بلفظ طلب الشفعة ولو كان المطلوب شفعته هو البعض الباقى فى ملك المشترى أو العكس فإنها تبطل شفعته أيضا فينبغى للشافع أن يقول أطلبك الشفعة لى فى جميع المبيع .

﴿ فرعان ﴾ « الأول » لو طلب الشافع الشفعة له ولزيد أو له ولشركائه ولم يوكله زيد ولا شركاؤه بطلبها بطلت شفعته إذ كأنه طلب بعض المبيع « الثانى » لو صولح الشفيع فى بعض المشفوع ويترك البعض الثانى للمشترى فإنها تبطل شفعته بذلك فى الكل وسـواء كان عالماً أم جاهلا إذ هو إسـقاط حق ولا فرق عندنا فيه بين العلم والجهل وكذا لو عفى عن الشفعة فى بعض المبيع فإنها تبطل فى الكل ﴿ غالبا ﴾ يحترز بذلك من أن يشترى رجل شيئين متباينين صفقة أحدهما يستحق الشافع فيه الشفعة والآخر لا فلا تبطل الشفعة بطلب بعض المبيع بل للشفيع أن يشفع فيما يستحق فيه الشفعة دون الآخر بحصته من الثمن سواء تميز ثمن كل منهما أم لا فيقوم كل واحد منهما على انفراده ويضم قيمتهما معا فيأخذ بنسبة قيمة المشفوع من قيمتهما معاً بحصته

(١) إلا أن يكون قد قيدها بالطلب قبل هذا اللفظ فلا تبطل اه .

من الثمن « مثاله » لو كان الثمن مائة لهما معا وقيمة ما يستحق فيه الشفعة عشرون والذى لا يستحق فيه ثلاثون فنسبة قيمة المشفوع خمسا قيمة المبيع فيأخذ بخمسى الثمن وهو أربعون وعلى هذا يكون القياس فلو لم يكن لهذا الذى يستحق فيه الشفعة قيمة إلا بانضمام الآخر إليه فما نقص من قيمة الآخر مع تقويمه منفرداً فذلك الناقص هو قيمة المشفوع فيه فإن كانت أيضا قيمتها عشرون مع سبيكة وزنها عشرة وثمنها خمسون فجاء الشفيع فى الأرض فإنه يأخذ بأربعين إذ لو أخذها بحصتها وقع الربى.

﴿ فرع ﴾ ومن اشترى شيئين متصلين بصفقة واحدة كان للشفيع طلبهما معاً وإلا بطلت شفعته لأنهما مع الاتصال كالشيء الواحد فلو كانا مفترقين ولكنه مجاور لهما معا فإنه يأخذ الكل بالسببين وإلا ترك فلو خرج أحدهما عن ملكه بطلت الشفعة فى الكل وأما لو اشتراهما صفقتين فإنه يشفع أيهما شاء حيث كان له السبب فيهما معا ولو اتحد المشترى .

﴿ واعلم ﴾ إنما تبطل شفعته بطلب بعض المبيع ﴿ ان اتحد المشترى ﴾ لئلا يفرق عليه الصفقة وأما لو كان المشترى جماعة فله أن يشفع من شاء منهم سواء اشتروا لأنفسهم أو لغيرهم إذا لم يضيفوا وسواء اشتروا لواحد أم لجماعة ، وأما حيث يكون المشترى واحداً فلا يشفع عليه إلا الكل وإلا بطلت شفعته ﴿ ولو ﴾ اشترى الواحد بعقد واحد ﴿ لجماعة ﴾ فليس للشفيع أن يأخذ بعض المبيع لأن المشترى وإن كان وكيلا لجماعة فالحقوق إذا لم يضف الوكيل إليهم لفظا تعلق به لئلا تفرق عليه الصفقة.

﴿ و ﴾ لو اشترى الواحد ﴿ من جماعة ﴾ بعقد واحد فطلب الشفيع البعض بطلت شفعته ولو كان ذلك الطلب قبل القبض وأما لو اشترى فضولى لشخصين وأجازا فإن الشفيع يأخذ نصيب من شاء لأن الحقوق لا تتعلق بالفضولى وكذا لو كان المشترى وكيلا وأضاف الشراء إليهما .

﴿ وحاصل[١] المسئلة ﴾ أن تقول: إما أن يكون المشترى واحداً أو أكثر وإما أن يشترى لنفسه أو لغيره . والمشترى للغير إما وكيلا أو فضوليا ، والوكيل إما أن يضيف أولا، والمشترى له إما واحداً أو أكثر ، والمبيع إما شيئا واحداً أو أكثر بعقد أو عقود فإن كان المشترى واحداً فلنفسه أو بالوكالة ولم يضف لم يصح طلب البعض سواء كان المشترى له واحداً أو أكثر ، وإن كان مضيفا أو فضولياً فلواحد كذلك، وللجماعة يصح أن يطلب نصيب أحدهم هذا حيث يكون المشترى شيئا واحداً أو شيئين بعقد واحد وللشافع بسبب فى كل واحد منهما[٢] أو فى واحد والآخر متصل به وإن كان المشترى شيئين فأكثر ولا سبب له فى أحدهما ولم يتصل بالآخر فليس له إلا طلب ما له فيه السبب، وإن كان المشترى جماعة فلأنفسهم يصح أن يطلب نصيب أحدهم ولو كان الجميع بعقد واحد وسواء كان المبيع شيئا واحداً أم شيئين أو أكثر وله سبب فى الكل أو فى أحدهما متصل بالآخر أم لا ولغيرهم لواحد أو لجماعة بالوكالة ولم يضيفوا فكما لو شروا لأنفسهم يطلب نصيب من شاء منهم، وإن أضافوا أو بالفيضلة فكما لو كان المشترى واحداً . وأما إذا كانت العقود متعددة فله طلب أحدها سواء تعدد سببه فى الكل أم ليس له سبب إلا فى البعض وسواء كان المشترى واحداً لنفسه أم لغيره لواحد أم لجماعة فضولياً أم وكيلا، أو جماعة لأنفسهم أو لغيرهم لواحد أو أكثر كذلك . »

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر التاسع ﴾ أن الشفيع تبطل شفعته ﴿ بخروج ﴾ جميع ﴿ السبب ﴾

---

(١) يستفاد من الزهور والبيان وشرح العنسى اه .

(٢) فلو خرج أحد الأسباب التى تستحق الشفعة به عن ملكه بطلت الشفعة فى الكل اه .

المشفوع به ﴿ عن ملكه[١] ﴾ ولو بعد أن طلب الشفعة ﴿ قيل ﴾ القول لأبى طالب وهو إنما تبطل الشفعة إذا كان خروج السبب عن ملك الشافع ﴿ باختياره ﴾ كالبيع والهبة ونحوها لا إن خرج بغير اختياره لم تبطل وذلك كالقسمة بالحكم وبيع الحاكم ماله لقضاء دينه ونحو أن يشفع المشترى بما شفع به ، ونحو أن يجتاحه السيل مع صعيد[٢] الأرض والمختار أنها تبطل الشفعة بخروج السبب عن ملكه سواء كان باختياره أم بغير اختياره إذا كان ذلك ﴿ قبل الحكم ﴾ له ﴿ بها ﴾ أو قبل التسليم له طوعا ولو قد قيدها بالطلب فانها تبطل شفعته ولا تعود إليه ولو عاد إليه السبب بما هو نقض للعقد من أصله ، وكذا تبطل شفعته بخروج بعض الأسباب حيث كان المشترى شيئين متباينين يستحق الشفعة فى كل واحد منهما فباع الشافع أحد السببين فانها تبطل شفعته فى الكل . ذكر معناه فى الزهور سواء كان عالماً أم جاهلا حيث كان الشراء صفقة واحدة لشخص واحد ، وأما لو باع بعض السبب فانها لا تبطل شفعته مهما بقى له جزء يسير يشفع به كأن يكون خليطا بالنصف فباع الربع شفع بالربع الآخر وكذا لو كان جاراً وخليطا فباع الخلطة شفع بالجوار، ولا يحتاج إلى تجديد طلب ما لم يخصص كأن يقول أنا طالب بالخلطة فتبطل قبل الحكم بها أو قبل التسليم طوعاً، فأما لو لم يخرج السبب عن ملكه إلا بعد أحدهما فلا تبطل شفعته لأنه قد ملك المشفوع فيه بتقدم أحدهما .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر العاشر ﴾ أن الشفعة تبطل ﴿ بتراخى ﴾ الشفيع[٣] ﴿ النائب ﴾

---

(١) هذا إذا كان غير المشترى ، أما إذا كان الشافع هو المشترى كأن يشترى الخليط نصفا أو ربعا فيما هو مشارك فيه ، فاذا باع حصته الأصلية فى المشترك لم تبطل حصته من الشفعة بخروج السبب عن ملكه ولا يحتاج إلى طلب لأن شراءه المشفوع فيه كالتسليم طوعا اهـ

(٢) الصعيد وجه الأرض فاذا اجتاحه السيل فما بقى من أعماق الأرض تحت الذى كان سبب الشفع فيه فهو حق لا ملك له فيه لأن أعماق الأرض لا تملك والحقوق لا يشفع بها اهـ .

(٣) أو من يقوم مقامه كالوارث للشفيع اهـ .

عن مجلس من له طلبه من بائع ومشتر ووكيل تتعلق به الحقوق ومستقيل، فإذا كان بين الشفيع وبين موضع من له طلبه من بائع ومشتر ونحوهما ﴿ مسافة ثلاث ﴾ مراحل بسير الإبل ﴿ فما دون ﴾ الثلاث وتراخى عن الطلب بطلت شفعته بذلك سواء كان داخل البلد أم خارجها لا لو كانت المسافة فوق الثلاث أو خفى مكانه ولو فى البلد، ولا يحصى طلبه فوق الثلاث فلا تبطل بالتراخى ما دام بينه وبين المشترى أكثر من الثلاث مسافة أو طلبا، فإن قرب أحدهما حتى بقى بينهما مسافة ثلاث أو أقل تجدد استحقاق الطلب، فإن طلب وإلا بطلت، وإنما تبطل شفعته بتراخيه ﴿ عقيب ﴾ « خبر[1] عدلين» بالبيع وصحته والمبيع وقدر الثمن وجنسه وعين المشترى وأين موضعه « أو » خبر عدل « واحد وعدلتين » ولا يعتبر لفظ الـ ﴿ شهادة ﴾ بل العدد فقط فإذا تراخى عقيب أن أخبر بكل ذلك بطلت شفعته ﴿ مطلقا ﴾ أى ظاهراً وباطناً لا لو جهل ذلك أو شيئاً منه لم تبطل شفعته بتراخيه ولو كان المشترى دون الثلاث، والقول قوله بنفى العلم بها مع يمينه .

﴿ أو ﴾ تراخى عقيب ﴿ خبر يثمر ﴾ له ﴿ الظن ﴾ فقط ولا يشترط عدالة المخبر بل لو كان صغيراً أو كبيراً كافراً مع حصول الظن بطلت شفعته ﴿ ديناً فقط ﴾ أى فيما بينه وبين الله تعالى لا فى ظاهر الحكم فلا تبطل إلا بخبر عدلين أو عدل أو عدلتين .

﴿ نعم ﴾ فمتى تراخى ﴿ عن الطلب ﴾ بلسانه[2] ولو كان هو وحده ﴿ والسير ﴾ المعتاد بنفسه إلى المشترى ليطلبه الشفعة ﴿ أو البعث ﴾ بوكيل أو رسول ، والكتاب إلى المشترى يقوم مقام الرسول عقيب أن يبلغه خبر الشراء والمبيع وقدر الثمن وجنسه فإذا لم يفعل أى هذه بطلت شفعته بتراخيه عن الطلب ولو كان فى مسافة الثلاث لأن الشفعة لا تثبت إلا بالطلب فوراً وعند أن يظفر بالمشترى بعد السير إليه يطلب الشفعة

---

(١) نقلا عن الفتح وهى أولى من عبارة الأزهار اه .

(٢) وفائدة ذلك إذا طلبه المشترى أنه قد طلب وحلف فيمينه صادقة اه .

ولا يستغنى بالطلب الأول عند أن علم بالشراء ولو أشهد عليه، ولا تجب عليه المرافعة ولا الاشهاد عند الطلب ولا الخروج للسير .

﴿ واعلم ﴾ أن التراخى إنما يبطل الشفعة إذا كان ﴿ بلا عذر[1] موجب ﴾ لترك السير فأما لو كان ثمة عذر نحو الخوف من عدو يخشى منه الضرر أو الإجحاف، أو سبع أو حرس أو نحو ذلك لم تبطل، فأما مجرد الوحشة ومشقة السير بالليل إذا بلغه الخبر فليس بعذر حيث جرى به عرف وإن لم يجر العرف بالمسير ليلا لم يجب سواء بلغه الخبر ليلا أم نهاراً .

﴿ نعم ﴾ وحد التراخى المبطل أن يبلغه خبر البيع وهو فى عمل فاستمر فيه وإن لم يتمه وكان الاستمرار ﴿ قدراً يعد به متراخياً ﴾ بعد أن طلب بلسانه نحو أن يكون فى قراءة صحيفة أو قطع شجرة أو خياطة ثوب، أو شرع فى نافلة أو فى فرض لم يتضيق بحيث يدرك المشترى فى الوقت جازله التقديم ولو فى أول الوقت ﴿ فلو أتم نفلا ركعتين ﴾ لا أكثر منهما إلا أن يبلغه وهو فى الثالثة من النافلة الرباعية اقتصر عليها ، والتطويل فى القراءة غير المعتاد مبطل فأما لو أتم النفل ركعتين ﴿ أو قدم التسليم[2] ﴾ على المشترى مبتدياً أو راداً ﴿ أو ﴾ قدم فعل ﴿ فرض ﴾ قد ﴿ تضيق ﴾ عليه أداؤه وذلك كالفريضة إذا خشى خروج وقتها الاختيارى حيث كان يرى وجوب التوقيت أو الاضطرارى مطلقاً فإذا بلغه الخبر قبل دخوله فيها فقدمها قبل سيره إلى المشترى لطلب الشفعة ﴿ لم تبطل ﴾ شفعته بتقديمها أو تقديم السلام عليه أو إتمام ما هو فيه من النفل ، وسواء كان الفرض رد وديعة أو إنقاذ غريق أو قضاء دين أو صلاة ويدخل فيها سجود السهو لأنه كالجزء منها ويتبعها بسنتها الداخلة فيها ، ولا يعد بذلك متراخياً .

---

(١) عدم المحرم للمرأة عذر فيما يعتبر فيه إذا لم تجد رسولا اه .

(٢) اللفظى وهى التحية المعروفة أو العرفى وهى المصافحة اه .

﴿ فرع ﴾ ويعفى للشفيع بعد علمه مع غيبة المشترى عنه قدر لبس ثوبه وخفه وتغليق الباب لحفظه وشد رحله للسير فى طلب الشفعة والتطهر للصلاة آخر وقتها .

﴿والأمر الحادى عشر﴾ شرط الخيار[1] وهو إذا قال الشفيع شفعته ولى الخيار فإن شفعته تبطل ولو كان جاهلا لأن شرط الخيار كالتسليم إلا أن يكون الخيار للبائع فيصح أن يشترطه لا لو كان للمشترى فقط فلا يثبت للشفيع خياره . وكذا لا يصح الخيار إذا شرطه المشترى للشفيع لعدم العقد بينهما .

﴿ والثانى عشر ﴾ تبطل الشفعة بإعسار الشفيع .

﴿٢٤١﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان أمور يتوهم بطلان الشفعة بها وهى لا تبطل ﴿ و ﴾ اعلم أن الشفعة ﴿لاتبطل بموت المشترى﴾ وردته ولحوقه وجنونه ﴿ مطلقا ﴾ سواء كان الموت أو نحوه بعد المطالبة له بالشفعة أم قبلها فيطلب الشفيع إذا كان الورثة صغاراً الوصى أو أحد الورثة الكبار بالشفعة ويكفى التسليم من أحدهم لأن لكل وارث ولاية .

﴿فرع﴾ قال فى البحر : ومن اشترى شقصا[2] فأوصى به لشخص ثم مات وحضر الشفيع فهو أولى به لتقدم حقه على الوصية ويكون الثمن للورثة لا للموصى له إذا لم يوص إلا بالمبيع لا ببدلها .

﴿ولا﴾ تبطل الشفعة بموت ﴿ الشفيع ﴾ بعد الطلب منه لها بل يستحقها الوارث ولا يحتاج إلى تجديد طلب ﴿أو﴾ مات ﴿ قبل العلم ﴾ بالبيع أو علم بالبيع وجهل المبيع أو قدر ثمنه وجنسه أو نوعه أو من المشترى له ﴿ أو ﴾ مات بعد العلم بذلك إلا أنه قبل ﴿ التمكن ﴾ من الطلب لعذر مما مر من غير الإعسار، والقول قول وارثه فى ذلك

(١) وقد صرح به فى الأزهار من كتاب البيع آخر فصل (٢١٠) اهـ .

(٢) الشقص – بالكسر – النصيب والسهم والقطعة من الشيء أو من الأرض اهـ.

فإن كان موت الشفيع على أحد هذه الأوجه الثلاثة لم تبطل شفعته واستحقها الوارث لأن الوارث هنا خليفة فحقه متصل بحق الموروث ، وتكون بين الورثة على حسب الميراث سواء مات بعد الطلب أم قبله ولا يكفى طلب أحد الورثة لو مات الشافع قبل الطلب بل لا بد من كل واحد أن يطلب لنفسه فإن طلب له ولشريكه بدون وكالة بطلت شفعته كما مر لأنه طلب بعض المبيع ولا تبطل على سائر شركائه لكن يأخذ الكل حصصهم مع حصة من أبطل شفعته لئلا تفرق الصفقة .

﴿ولا﴾ تبطل ﴿ بتفريط الولى ﴾ عن طلبها للصبى أو المجنون حيث كان يستحقها وترك الطلب تفريطا منه بل للصبى أن يشفع عند بلوغه وعلمه فوراً ويجب على الولى طلبها حيث هو الأرجح لأن فيه دفع ضرر فإن كان الحظ للصبى فى تركها لم يجز للولى طلبها ولا يجوز له التصريح بتركها وإبطالها حيث يكون الصلاح فى طلبها فلو سلمها الولى مع حصول مال للصبى ومصلحة لم تبطل بل للصبى طلبها بعد بلوغه فوراً كما لو لم يطلب الوصى ، فأما لو سلمها لعدم المصلحة أو لعدم مال الصبى فانه يجوز وتبطل شفعة الصبى لأن الإعسار مبطل بنفسه .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان وإذا بلغ الصبى فادعى أن له عند البيع مالا وأنكر المشترى ، فالبينة على الصبى لأن الأصل عدم المال . قال فى المقصد الحسن : « إلا أن يكون ظاهره اليسار فالقول قوله » ، وإذا ثبت المال فإن كان الولى سكت وادعى المشترى له انه لعدم المصلحة فى الشفعة فالبينة على المشترى وكذا لو ادعى أن الولى تركها وأنكر الصبى فالبينة على المشترى أيضاً ، فإن تصادقا على ترك الولى لها واختلفا فى المصلحة فالبينة على المشترى أيضاً ، وهو قول الهادى عليه السلام وإلا حلف الصبى ما يعلم المصلحة فى تركه لها ، وسواء كان الولى فى هذه الأطراف كلها هو الأب أم غيره .

﴿ و ﴾ لا تبطل الشفعة أيضاً بتفريط ﴿ الرسول ﴾ الموكل بطلب الشفعة

أو المؤجر لحمل الكتاب إلى المشترى فلا تبطل الشفعة بتراخيه أو ترك الطلب إلا أن تكون عادة الرسول التفريط والتراخى بطلت الشفعة بتراخيه إذا عرف المرسل ذلك منه أو عرف تفريطه بعد الإرسال وتراخي عن الطلب بنفسه أو برسول آخر يبعثه للطلب ، واما لو لم يتراخ الرسول ولو كان عادته التراخى لم تبطل لعدم التراخى.

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان : وإذا طلب الشفيع الشفعة وعرف من قصده أنه لارغبة له فى المشفوع فيه وإنما هو يريد طلبها ويأخذ ثمنها من غيره ثم يعطيه المبيع عن الثمن ، فإن ذلك لايمنع من شفعته ، ذكره المؤيد بالله فى الإفادة .

﴿ ولا ﴾ تبطل الشفعة أيضا ﴿ بالتقايل[1] ﴾ بين البائع والمشترى فى المبيع ﴿ مطلقا ﴾ أى سواء تقايلا قبل طلب الشفعة أم بعد إبطالها ، لكن إن كان التقايل بعد إبطالها تجدد للشفيع استحقاق الشفعة بالتقايل لأنه بيع فى حقه وكان المشترى كالبائع والبائع كالمشترى فيطلب المستقيل وهو البائع الأول لأنه المشترى فى التقايل فإن طلب المقيل وهو المشترى الأول والبائع فى التقايل فيأتى فيه التفصيل فى طلب أيهما كما مر، وإن كان التقايل قبل طلب الشفعة وقبل إبطالها فى العقد الأول كان التقايل كتعدد العقود فيشفع بالعقد الأول أو بالثانى وهو التقايل ويطلب من شاء من المقيل أو المستقيل لأن كل واحد منهما قد صار مشتريا . قال الإمام عليه السلام : ولا يشترط فى الشفعة بالإقالة ان تكون بعد قبض المشترى للمبيع لأنه لم يعتبر قبولها فى المجلس مع كونها بيعا فى حق الشفيع فكذلك لايعتبر القبض فى حقه .

﴿ ولا ﴾ تبطل الشفعة أيضا ﴿ بالفسخ[2] ﴾ بين البائع والمشترى فى المبيع إما بعيب أوغيره من رؤية أو شرط سواء كان الشرط مجمعا عليه أم مختلفا فيه وسواء كان الرد بحكم أم بالتراضى إذا كان الفسخ ﴿ بعد الطلب ﴾ من الشفيع للشفعة فى وجه

---

(١) راجع قوله والإقالة بيع فى حق الشفيع أثناء فصل (٢٢٧) تجد التفصيل اه .

(٢) مالم يكن من جهة البائع اه .

المشترى أو علمه بكتاب أو رسول لأن فسخ البيع بعد طلب الشفعة يمتنع ، فإن كان الفسخ قبل الطلب بطلت الشفعة ، فإن تقارنا أو التبس رجح الفسخ وإن علم ترتيبهما ثم التبس صحت الشفعة لأن الأصل بقاء العقد وبقاء الشفعة .

﴿ و ﴾ الإقالة والفسخ ﴿ يمتنعان بعده[1] ﴾ أى بعد الطلب للشفعة لثبوت حق الشفيع فى المبيع بعد الطلب فلا ينفذان إلا إذا بطلت الشفعة صح التقايل أو التفاسخ.

﴿ فرع ﴾ فلو باع رجل نصيبه فى أرض مع خيار ثم باع شريكه لا بخيار فى مدة خيار الأول فلا شفعة للمشترى الآخر عند انبرام العقد لتأخر ملكه عن العقد ، وأما البائع فتثبت له الشفعة حيث الخيار لهما أو للبائع ويكون فسخاً بينه وبين المشترى .

﴿ ولا ﴾ تبطل الشفعة أيضاً ﴿ بالشراء لنفسه ﴾ بمعنى لو اشترى الشفيع ماله فيه الشفعة بسبب الطريق لم تبطل بذلك شفعته لأن شراءه استشفاع ولا يحتاج إلى طلب ولا حكم ، ويشاركه فى ذلك باقى الشفعاء من كان فى درجته بسبب الطريق لا من دونه ، وهو من كان مجاوراً فلا يشاركه ولا من هو فوقه كالخليط فيستحق الشفعة الخليط دون المشترى .

﴿ فرع ﴾ : وإذا اشترى ثلاثة أو أربعة شيئاً لهم فيه الشفعة ثم جاء الشفيع شفع عليهم استحق عليهم نصف ما فى يد كل واحد منهم فيكون له النصف وللمشترين النصف حيث لم يشفعوا على بعضهم بعضاً وإلا كانت الشفعة على الرؤس حيث شفع بعضهم على بعض .

﴿ أو ﴾ اشترى ﴿ للغير ﴾ ماله فيه شفعة بالوكالة من الغير أو الولاية عليه لم تبطل شفعته ﴿ و ﴾ لكن يجب أن ﴿ يطلب لنفسه ﴾ عقيب الشراء فى المجلس قبل الإعراض

(١) يقال «غالباً» احتراز من أن يكون الفسخ بغبن فى عقد الوكيل أو الفضولى لم يمتنع بل يثبت الفسخ وتبطل الشفعة اه .

فيقول وأنا طالب لنفسى الشفعة فيما شريته هذا حيث كان الشراء بالولاية أو الوكالة ولم يضف، فإما مع الإضافة فيكون الطلب فوراً فى وجه الأصل لأن الحقوق لا تعلق بالوكيل مع الإضافة ولا بالفضولى ولا يحتاج فى الحالتين إلى اشهاد عند الطالب أو مرافعة إلى الحاكم وإن ناكر المشترى له الطلب بيّن به متولى الشراء ﴿ولا يسلم إليها﴾ أى ليس له أن يسلم الشفوع فيه إلى نفسه، وإنما يملك الشفوع فيه إذا سلمه المشترى له طوعا أو بالحكم فإن تعذر رافع نفسه إلى من يصلح ليحكم له .

﴿٢٤٣﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان مايجوز للمشترى فعله فى المبيع وما يثبت للشفيع وما يجب عليه للمشترى وما يجب له : ﴿و﴾ اعلم أنه يجوز ﴿للمشترى قبل الطلب﴾ من الشفيع بالشفعة ﴿الانتفاع[1]﴾ بالمبيع كيف أراد ﴿والإتلاف﴾ له بأى وجه إذ هو مالكه ولما يتعلق به حق خاص لأحد وإن كان قد تعلق به حق عام للشفيع كما قلنا فى حدها فلا يمنع التصرف فى المبيع. ﴿لا بعده[2]﴾ أى لا بعد الطلب فليس للمشترى أن يتصرف فيه لأنه قد تعلق به حق خاص للشفيع فيأثم المشترى مع العلم بالطلب إن قطف الثمار التى شملها العقد أو كان خليطا إلا أن يخشى فسادها فلا إثم ﴿لكن﴾ المشترى وإن كان عاصياً بالتصرف بعد الطلب فانه ﴿لا ضمان﴾ عليه للشافع لا مثل المثلى ولا ﴿للقيمة﴾ فى القيمى ﴿ولو أتلف﴾ المبيع حساً لأنه لم يفوّت على الشفيع إلا حقا غير مضمون فتبطل الشفعة لأنها إنما تكون مع بقاء المبيع لا لو كان الإتلاف حكما فله أن يشفع فيه ويأخذه مستهلكا حكما ﴿ولا أجرة﴾ على المشترى ﴿وإن استعمل﴾ المبيع ﴿إلا﴾ أن يتصرف المشترى فى المبيع ﴿بعد الحكم﴾

(١) هذا يستقيم فى غير المنقول وكان الشفيع جاراً، أو منقولا وكانت قسمته إفرازاً اه .

(٢) إلا لعذر كعدم جنس الثمن كما يأتى بهذا الفصل اه .

بالشفعة للشافع قبض المبيع أولا . ﴿ أو ﴾ بعد ﴿ التسليم باللفظ ﴾ من المشترى للشافع مع قبضه فانه يضمن المشترى بعد أيهما عوض ما أتلف وأجرة ما استعمل لأن الشفيع قد ملكه لا قبل القبض فى التسليم باللفظ فلا يضمن العوض بل تبطل الشفعة لأنه كتلف المبيع قبل قبضه .

﴿ فرعان[1] ﴾ ﴿ الأول ﴾ إذا سلم المشترى المبيع للشفيع ثم ادعى أن الشفيع لا يملك السبب أو أن الشفيع قد كان تراخى فالبينة على المشترى وتقبل بينته إن كان ناكراً للشفيع عند طلبه أو سكت وتكون البينة على إقرار الشفيع أنه لا ملك له أو أنه لفلان لا على أنه لا يملك فلا يصح لأنها على نفى أو تكون البينة على مشاهدة تراخيه بعد العلم أو إقراره ما لم يكن قد حكم للشفيع لا لو كان المشترى صادق الشفيع على ملك السبب فلا تقبل بينة المشترى إلا أن يدعى أنه جهل ملك الشفيع ظناً منه أنه يملك السبب ثم بان خلافه فانها تقبل دعواه وبينته ويحلف على ذلك إن نوزع فى الجهل .

﴿ الثانى ﴾ لو اشترى شيئين صفقتين والشفيع جار فيهما فسلم المشترى للشفيع الصفقتين لجهله أنه أولى بالصفقة الثانية كان له المطالبة لرد الصفقة الثانية . ﴿ و ﴾ يثبت ﴿ للشفيع الرد ﴾ المبيع على المشترى ﴿ بمثل مايرد به المشترى ﴾ على البائع كالرد بخيار العيب وخيار فقد الصفة وخيار الرؤية ، وسواء كان العيب حادثا عند المشترى أو من عند البائع وسواء أخذ الشفعة بالحكم أم بالتراضى، ثم إن لم يكن قد حصل من المشترى ما يبطل خياره كان له الرد على البائع وإن كان قد حصل منه مايبطل خياره تقرر له المبيع فلو رد عليه الشفيع بعيب من عند البائع فإن كان الرد بالتراضى رجع على البائع بالأرش وإن كان بالحكم خيّر المشترى بين الرد على البائع أو الرضا ولا أرش ، وهذا حيث أخذت منه بالحكم ، وأما لو سلمها طوعا فلا أرش له ولا رد على

(١) يستفادان من الفرع الثالث من فصل اختلاف المشترى والشفيع من البيان وهامشه اه

البائع ﴿ إلا ﴾ خيار ﴿ الشرط ﴾ لو شفع فى مدة خيار المشترى فليس للشافع أن يرد به لأن الخيار يبطل بالشفعة ولو أراد الرد ومدة الخيار باقية فلا يثبت له ما كان من الخيار للمشترى . بل إذا شرطه لنفسه بطلت شفعته كما مر[1] ولو كان جاهلا لأنه يكون كالتسليم .

﴿ فرع ﴾ وإذا رضى الشفيع بالعيب الذى من عند البائع فللمشترى قبل أن يرضى به الرجوع على البائع بأرشه فيحط للشفيع بقدره من الثمن .-

﴿ وحاصل مسئلة رد المبيع المشفوع ﴾ أن تقول: للشفيع رد المبيع على المشترى بخيارى الرؤية والعيب، سواء كان التسليم بالتراضى أو بالحكم ، وأما المشترى إذا أراد رده على البائع فإن سلم المبيع بالحكم ورد عليه بالحكم أو رؤية كان له الرد بخيارى الرؤية والعيب سواء كان المشترى قد علم بالعيب أم لا ما لم يحصل منه رضى وإن سلم بالتراضى وجهل العيب فإن رد عليه بحكم كان له الرد وإن كان بالتراضى بطل الرد واستحق على البائع الأرش فقط ، وأما خيار الرؤية فيبطل حيث سلم بالتراضى سواء رد عليه بحكم أو بالتراضى . وإن سلم بحكم ورد بحكم أو رؤية فيرد أيضا . وأما خيار الشرط فهو باطل فى حق الشفيع مطلقا . وأما فى حق المشترى فإن سلم المبيع للشفيع بالتراضى فى مدة خياره فقد بطل ، وسواء رد عليه بحكم أو بالتراضى . وإن سلم بحكم فإن رد عليه بالتراضى لم يكن له الرد ، وإن رد عليه بالحكم فله الرد سواء كانت مدة الخيار باقية أم قد مضت لأن مضيها كان وهو غير متمكن من الرد .

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان: وإذا أفلس المشترى قبل تسليم الثمن فطلب البائع أخذ المبيع كان الشفيع أولى ويكون ثمنه للبائع[2] .

(١) فى الأمر الحادى عشر من مبطلات الشفعة آخر فصل (٢٤٠) اه

(٢) وعليه الأزهار فى باب الفلس آخر فصل ٣٩٣ فى قوله (وما قد شفع فيه استحق البائع ثمنه) وكان الشفيع أولى بالمبيع اه .

﴿ و ﴾ يثبت للشفيع أيضا ﴿ نقض مقاسمته[١] ﴾ أى المشترى ولو كانت القسمة بحكم لأن حق الشفيع سابق لتصرف المشترى ﴿ وصورة المسئلة ﴾ أن يكون المبيع نصيبا مشاعا فى عقار وكان الشفيع جاراً وقد أبطل الخليط شفعته ثم تقاسم هو والمشترى فالخيار للشفيع الجار إما أن ينقض مقاسمته وإما أن يقررها ويأخذ ما استقر للمشترى ولو كان مباينا لملكه الذى شفع به لأنه كالقاسم عنه . ﴿ و ﴾ يثبت أيضا للشفيع أو وارثه إذا جاء وقد جعل المشترى المبيع مسجداً أو مقبرة قبل الدفن أو وقفا عليهما أو على غيرهما آدمى أو غيره أن ينقض ﴿ وقفه ﴾ والفوائد الحاصلة بعد الوقف وقبل الحكم للشفيع بنقضه تكون للموقوف عليه وكذا فى البيع ونحوه كالهبة والوصية ولا يكون النقض إلا بحكم لأجل الخلاف .

﴿ فرع ﴾ ويمتنع النقض إذا كانت المقبرة قد استهلكت بالدفن فيها فإن دفن فى بعضها كان له الشفعة فى الباقى بحصته من الثمن لأن موضع المدفون قد استهلك بالدفن . فإن أخذ الميت من قبره السبع أو اجتاحه السيل أو نقل عاد موضع القبر للشفيع وسلم ما حط عنه من الثمن .

﴿ و ﴾ إذا كان المبيع بعض عبد فأعتقه المشترى أو بعض أمة فاستولدها المشترى فإن للشفيع نقض ﴿ عتقه و ﴾ نقض ﴿ استيلاده ﴾ يعنى أن الأمة لا تصير أم ولد للمشترى بل للشفيع أن يأخذ العبد والأمة بالشفعة ولا تبطل بالعتق والاستيلاد ولو كان الشافع ابنا للمشترى ؛ فلو رد الشفيع الأمة بحكم على المشترى بما هو نقض للعقد من أصله كالعيب صارت أم ولد للمشترى لأنها ولدته له فى ملكه . ﴿ وتفصيل الكلام فى الولد ﴾ ان كان من نكاح أو زنى ولو كان من وطء شبهة كان التفصيل فى قيمة الولد التى تلزم الواطىء فنقول: إن كان موجوداً حال العقد نحو أن تشترى

---

(١) ولا يكون النقض هنا وما بعده إلا بحكم لأجل قطع الخلاف أو اتفاق المذهب مع التراضى .

الجارية وهى مزوجة بالمشترى أو غيره . أولا : إن كان موجوداً استحقه الشفيع مع أمهسواء حكم له بالشفعة وهو متصل بأمه أم بعدانفصاله . وأما إذا لم يكن موجوداً فلا يخلو إما أن يكون من المشترى أو من غيره إن كان من غيره غلطاً أوزنى، فإن حكم له بالشفعة وهو متصل كان جميعه للشفيع لأنه من الفوائد الأصلية كالثمرة، وأما إذا حكم له بالشفعة وهو منفصل فإنه يكون بينهما على قدر الحصص، فإذا كان بينهما نصفان فحصته النصف ، وأما إذا كان الولد من المشترى فقد ثبتت حريته وصار حراً نسباً لكن إن حكم له بالشفعة وهو متصل ضمن المشترى للشفيع قيمته يوم وضعه وأجرة مانقص من منافع الأمة من يوم الحكم أو التسليم طوعاً حتى تضع ما لم يكن الشفيع رحماً فى جميع الأطراف ، وإن حكم وهو منفصل ضمن له نصف قيمته يوم وضعه إن كان للشفيع نصف الأمة .

وللشفيع أيضاً نقض تصرفات المشترى كهبته ﴿ وبيعه ﴾ وتأجيره ونذره ﴿ فإن تنوسخ ﴾ ذلك المبيع أو بعضه بأن باعه المشترى من آخر ثم الآخر كذلك ، وسواء كان قبل الطلب أم بعده اختلفت الأثمان أو اتفقت ﴿شفع﴾ من له الشفعة ﴿بعقد من شاء ﴾ منهم .

﴿ واعلم ﴾ أن العقود كلها مثبتة للشفعة ما لم يكن أيها فاسداً، أو كان الثمن مجهولاً فإن شفع بالأول فقد أبطل ما وقع بعده، وإن شفع بالثانى فقد أبطل ما وقع بعده وقرر الأول ثم كذلك، وفائدة التقرير عدم التراجع فيما بين الأولين ، وهكذا لو شفع بالعقد الآخر كان تقريراً لما قبله فإذا بطلت شفعته فى الآخر لجهل الثمن أو نحوه بطلت أصلا بخلاف ما إذا شفع بالأول فله الانتقال إلى مابعده حيث بطلت فيه وحيث يأخذ بالثانى ويطالب الأول يكون كمطالبة البائع والعدول عن المشترى وقدمر تفصيله.

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان فإن باع المشترى بعض المبيع ثم شفع الشفيع فى هذا البعض بعقده بطلت شفعته فى الباقى لأنه قد قرر بيع المشترى .

﴿ فإن أطلق ﴾ الطلب ولم يذكر العقد الذى أراد الشفعة به بل طلب الشفعة فقط ﴿ فبالأول ﴾[(١)] أى حمل على العقد الأول فيحكم عليه بالثمن فى ذلك فإن شفع بأحد الأثمان والتبس الذى شفع به رجع إلى الآخر من الأثمان .

﴿ نعم ﴾ والأحوط للشفيع فى هذه المسئلة إذا تنوسخ المبيع والتبست عليه الأثمان أن يشفع العقود كلها جميعاً نحو أن يقول أنا طالب شفعة شراء الكل ثم له الخيار يأخذ أى الأثمان شاء ، وإن شاء قال أنا شافع بأوفق الأثمان أو أقل الأثمان .

﴿ فرع ﴾ فلو باع المشترى نصف المبيع ثم شفع الشفيع فى هذا النصف بعقده بطلت شفعته فى النصف الذى لم يبعه وصحت فى النصف الذى باعه بعقده لأنه قد قرر بيع المشترى ومعنى تقريره كأنه أعرض عن شراء المشترى الأول لطلب غيره مع علمه فيبطل . وأما لو شفع النصف بالعقد الأول فتبطل شفعته فى الكل[(٢)] لأنه طالب شفعة بعض المبيع .

﴿ فرع ﴾ فلو تنوسخ المبيع فترك أحد الشفعاء الطلب وتراخى عنه وطلب بما بعده وأحدهم طلب بالأول فالمختار أن هذا يستحق الشفعة دون شركائه لطلبه وتراخيهم عن العقد الأول لأنه مر قريباً أن للشفيع نقض تصرفات المشترى ، وأما إذا طلب أحدهم بعقد من دون تراخ والآخر بالثانى فكل منهما يستحق ما شفع به .

﴿ فرع ﴾ فلو طلب الشفيع المشترى الأول وقد تنوسخ فغرم الآخرون بعد الطلب وقبل العلم به استحقوا الغرامة لأنها إنما لم تستحق بعد الطلب لتعدى الغارم ولا تعدى هنا[(٣)] .

﴿ و ﴾ أما حكم المشترين فيما بينهم فإذا اشترى الأول بألف دينار وباعه بألف ومائة

---

(١) فلو كان العقد الأول فاسداً أخذه بما بعده اه .

(٢) تقرير العلامة القاضى ابراهيم حثيث اه .

(٣) تقرير العلامة على بن احمد بن ناصر الشجنى اه .

ثم باعه الثانى بألف ومائتين ثم باعه الثالث بألف وثلثمائة ثم جاء الشفيع فشفع بأقل الأثمان وهو الأول بألف فإنه يحكم له بالمبيع ﴿ ويرد ذو الأكثر لذى الأقل﴾سواء كان التسليم بالحكم أم بالتراضى فيرجع الرابع على الثالث بثلاثمائة والثالث على الثانى بمائتين والثانى على الأول بمائة وهكذا لو كان فى المبيع وقت البيع ثمرة وأخذها الأول فإنها تسقط عن الشفيع حصتها من الثمن ويتراجعون فيهـا كما مر حتى تصل إلى الأول وأما لو شفع بالشراء الأول وقد استثمره الآخرون فلا شىء عليهم فيما حـدث بعد الشراء الأول لأنها ثمرة أملاكهم وإن كان الملك غير مستقر فإن اختلف جنس ما دفعوا وشفع بالأول فالذى يسلم الشفيع يسلم للأول ويرجع كلاً بما دفع أو مثله أو قيمته فلو سلمه الشفيع إلى المشترى الآخر رده على من باعه منه ويقبض منه ما اشتراه حتى ينتهى إلى الأول فلو تلف فى يد أحدهم ضمنه لـكونه تسليم معاوضة وأما لو باعه المشترى بدون ما شراه به لا لنقصان حدث به كبتسعين ما اشتراه بمائة ثم جاء الشفيع فشفع بالمائة رد الثانى العشرة للأول لأنه لايستحق أكثر مما سلم .

ولما فرغ الإمام عليه السلام من ذكر ما يجب للشفيع شرع فى ذكر ما يجب عليه فقال : ﴿ و ﴾ الذى يجب ﴿ عليه ﴾ للمشترى ﴿ مثل الثمن النقد المدفوع﴾ للبائع ﴿ قدراً وصفة ﴾ أما القدر فظاهر، وأما الصفة فلو كانت سوداء أو مكسرة وجب عليـه مثلها ولو عقد بصحاح لأنه كالحط، وفى العكس ما عقدا عليه كأن يكون العقد على فضة ثم سلم المشترى ذهباً لم يلزم الشفيع إلا الفضة لأن ذلك كالبيع لا كالحط . وقوله «المدفوع» يحترز به مما لو عقد بثمن ثم حط عنه البائع بعضه قبل قبض الثمن فإن الواجب مثل المدفوع لا ما انطوى عليه العقد .

« وتفصيل ذلك » أن نقول إما أن يدفع الثمن المعقود عليه فيلزم الشفيع أن يدفع من جنسه أو سلم عن الثمن النقد سلعة كثوب أو نحوه ان دفع من جنس الثمن فإن كان أعلى لم يلزم الشفيع إلا ما عقد عليه لأن الزيادة لا تلحق فى حق

الشفيع وإن دفع من جنس الثمن وكان أدنى لزم ما دفع المشترى . وإن دفع جنسا آخر كأن يسلم عن الذهب فضة فهى كالزيادة لا تلزم الشفيع إلا ما عقدا عليه .

﴿ فرع ﴾ ومن الثمن المدفوع ماغرمه المشترى للدلال ونحوه لجرى العرف بذلك فيلزم الشفيع تسليم ذلك لأن حكمه حكم الثمن ولذا جرت العادة فى صكوك المبايعات بيان قدر ذلك وصفته كالثمن .

﴿ فرع ﴾ آخر وإذا اشترى ذمى من ذمى آخر أرضا بخمر أو خنزير ، ولمسلم فيهـا الشفعة ثبتت له ويدفع قيمة ذلك الثمن يوم العقد كما لو كان الثمن عرضا ولا يقال البيع فاسد فلا شفعة لأنه صحيح بالنظر إلى البائع والمشترى فعلى هذا لو كان مذهب الشفيع الفساد ومذهب البيعين الصحة كان له أن يشفع، ذكر معناه فى شرح القاضى زيد والنجرى وهو المعتبر للمذهب كما مر أول الـكتاب .

﴿ و ﴾ إذا كان الثمن مثليا من طعام أو غيره وجب على الشفيع أن يدفع ﴿ مثل المثلى ﴾ قدراً و ﴿ جنساً ﴾ كالذرة ونوعا ﴿ وصـفة ﴾ كالبيضاء أو الحمراء ﴿ فإن جهل ﴾ قدر الثمن أو جنسه ﴿ أو عدم ﴾ فى البريد المثلى وقيمة القيمى من كل وجه أخرت الشفعة حتى يوجد أو يعلم جنسه أو قدره . ويقبل قول المشترى فى ذلك مع يمينه لأنه يمكن أنه قد نسيه أو اشتراه جزافا فتبطل الشفعة بيمينه مالم يبين الشفيع بقدره وجنسه . فإن صادقه الشفيع على جهل ذلك أو عدمه ﴿ بطلت ﴾ ولا يعدل إلى تسليم قيمته إذ لا يلزم المشترى أن يقبض إلا مثل مادفعه جنسا وقدرا وصفة إلا أن يجد الأعلى فى الصفة سلمه كأن يكون الثمن ذرة حمراء فلم يجد الشفيع إلا ذرة بيضاء وهى أعلى من الحمراء سلم ذلك.

﴿ نعم ﴾ وإذا عـــدم جنس الثمن أو جهل جنسه أو قدره تأخرت الشفعة ﴿ فيتلف المشترى ﴾ المبيع أو يتصرف فيه ببيع أو غـيره ﴿ أو ينتفع ﴾ به ويكون عذراً للشفيع بعد الطلب وقبله بتركه ولا تبطل شفعته ﴿ حتى يوجد ﴾ ذلك المثل

أو يعلم قدره أو جنسه «والمبيع باق» لما يستهلكه المشترى «فيطلب» الشفعة فى المبيع كذلك، هكذا مراد الأزهار وأمه التذكرة، وصرح به فى الأثمار وفتح الغفار. ولا معنى لما فى البحر أنه « يسلم الباقى وقيمة التالف » يعنى من المبيع، وحكاه أيضا عنه ابن مفتاح فى شرحه على الأزهار بل يناقض ما مرّ أول الفصل من أنه لاضمان للقيمة ولو أتلف إلا بعد الحكم.

﴿ و ﴾ إذا كان الثمن قيميًّا وجب على الشفيع أن يوفر ﴿قيمة﴾ الثمن ﴿القيمى﴾ يوم العقد ، ولا عبرة بغلائه أو رخصه من بعد مثال ذلك أن يكون المبيع أرضاً والثمن داراً أو نحوها من سائر القيميات ، فإذا أراد من له حق الشفعة شفعة الأرض دفع قيمة الدار ، وكذا من أراد شفعة الدار دفع قيمة الأرض وهو ما قومه عدلان خبيران ، فإن اختلف المقومون رجع إلى اعتبار الأوسط . هذا إذا لم يكن الشافع قد ملك ذلك الثمن القيمى ، فإن كان فى ملكه وجب عليه أن يدفعه بعينه للمشترى ، كما فى الخلع لو خالعت المرأة زوجها على قيمى للغير ثم ملكته فإنه يجب عليها دفعه .

﴿ فرع ﴾ : فإن جهل المشترى القيمة يوم العقد وصادق الشفيع على ذلك فلا شفعة له .

﴿ و ﴾ إذا باع بثمن مؤجل فطالب الشفيع بالشفعة وجب عليه ﴿ تعجيل ﴾ الثمن ﴿ المؤجل ﴾ على المشترى إذ التأجيل ليس بصفة للثمن بل تأخير مطالبته ولأنه لم يكن بين الشفيع والمشترى عقد يدخل عوضه التأجيل .

﴿ و ﴾ إذا شفع فى المبيع وقد حصلت فيه عناية من المشترى وجب على الشفيع تسليم ﴿ غرامة زيادة ﴾ وقعت فى المبيع وسواء حصل بها زيادة أم لا ، فيلزم الشافع تلك الغرامة بشروط ثلاثة : « الأول » أن تكون تلك الزيادة ﴿ فعلها المشترى ﴾ إما بفعله أو أمره ، فلو كانت بفعل غيره بدون أمره لم يلزم ذلك . « الثانى » أن

تكون ﴿ قبل الطلب ﴾ لا حاله أو التبس فإن فعلها بعد الطلب لم يستحق شيئاً لأنه يكون متعدياً لا شيء له فيما زاد ولا شيء عليه فيما أتلف إلا الإثم . فإن اختلف المشترى والشفيع فيما فعله هل قبل الطلب أو بعده ، فالقول قول المشترى مع يمينه . « الثالث » أن تكون الغرامة جعلت ﴿ للنماء ﴾ سواء كان له رسم ظاهر أم لا ، فمن الأول كالبناء والغرس حيث كانت مواده من آجر ونحوه أو غرس من المبيع ، فإن كان من المشترى فكما يأتى فى قوله « وقيمة غرسه وبنائه » ، ومن الثانى كالقصارة والحرث وتعلم الصنعة ﴿ لا للبقاء ﴾ كالعلف المعتاد للحيوان والدواء للمرض الحادث عند المشترى لا الحادث عند البائع والعلف الزائد على المعتاد فهما للنماء .

﴿ وتفصيل الكلام فيما غرمه المشترى فى المبيع ﴾ هو كما قال فى المقصد الحسن « المراد فى ذلك كله حيث شفعها الشفيع والزيادة باقية لا لو قد تلفت فلا شيء ، وإن تلف بعضها وبقى البعض استحق غرامة الباقى ، فلو اشترى أرضاً فسقاها أو حرثها وشفع فيها وأثر العمل باق ينتفع به الشفيع استحق المشترى غرامة الزيادة ، لا لو زرعها المشترى حتى ذهب الحرث والسقى أو مضى عليها وقت ذهب فيه أثر ذلك فلا يستحق المشترى شيئاً ، ولو اشترى أرضاً فيها غروس ضعيفة فسقاها وأصلح الأرض بما يعتاد نماها حتى زادت وصلحت ، ثم استمر على الغرامة المبقية لها على حالة الإصلاح مدة مديدة حسبما تعتاد مع أهل الغروس ثم شفع فيها فإنه يستحق الغرامة لنمائها ابتداء حتى استقرت على حالة الصلاح التى ذكرناها فيما مر « والبينة عليه فى قدر ما غرم لأنه يدعى الزيادة وهى ما يمكن البينة عليها » « ولا تبطل لو جهلت بل تقوم الغرامة[1] » ثم لا يغرم الشفيع شيئاً مما غرم المشترى للاستمرار على حالة الصلاح ، لأن الغرامة للبقاء حينئذ فلو فرضنا تقاصر الأشجار حتى عادت إلى حالتها يوم الشراء لم يستحق المشترى شيئاً على الشفيع وإن نقصت عن حالة الشراء فينظر هل بسبب منه أو بآفة

---

(١) تقرير القاضى محمد بن على قبيس للمذهب اهـ .

سماوية ، وسيأتى حكم ذلك فى حال نقص المبيع . وهذا حاصل[1] ما اقتضاه صريح كلامهم وقواعدهم .

﴿ و ﴾ إذا قام الشفيع فى الأرض وقد غرس فيها المشترى أو بنى أو زرع خير المشترى حيث غرس قبل الطلب أو قبل أن يعلم به وأخذ ﴿ قيمة غرسه وبنائه وزرعه ﴾ ، وتعتبر القيمة يوم الحكم أو التسليم طوعاً وعلى المشترى البينة بقيمة ذلك وهـذا حيث يكون الغرس ونحوه ملك المشترى لا من أصل المبيع فهو داخل فيه ويستحق الغرامة إن كان قد غرم للماء. نعم ويستحق قيمة ذلك ﴿ قائما لا بقاء له إن ﴾ اختار المشترى ﴿ تركه ﴾ فى الأرض المشفوعة . ﴿ و ﴾ يستحق المشترى ﴿ أرش نقصانها ﴾ يعـنى الغرس والبناء والزرع ﴿ إن ﴾ اختار ﴿ رفعه ﴾ من الأرض المشفوعة وأرش نقصانها يوم التخيير هو ما بين قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء وقيمتها مقلوعة ، فإن لم يكن للغرس قيمة بعد القلع قومت الأرض قبل الرفع وبعده وما بينهما فهو الأرش ، وإذا نقصت الأرض بالرفع فلا أرش لها لعدم تعديه ، ويختص الزرع وكذا الثمرة على الشجرة المشفوعة بخيار ثالث وهو قوله ﴿ أو ﴾ يختار المشترى ﴿ بقاء الزرع ﴾ أو الأشـجار المثمرة فى الأرض المشفوعة إلى الصلاح ﴿ بالأجرة ﴾ للشفيع من يوم الحكم أو التسليم طوعا إلى وقت الصلاح ، فيصير فى الزرع ثلاثة خيارات ، لأن له حداً ينتهى إليه ، وفى الغرس والبناء خياران إذ لا حد لهما ينتهيان إليه .

﴿ و ﴾ اعلم أن الشفيع تجب ﴿ له ﴾ وعليه ما غرم المشترى ﴿ الفوائد الأصلية[2] ﴾ خليطا كان أو غـيره ، وهى التى من عين المبيع كالصوف واللبن والولد والثمرة فيستحقها ﴿ إن حكم له ﴾ بالشفعة أو سلمت بالتراضى ﴿ وهى ﴾ أى الفوائد ﴿ متصلة ﴾

(١) عبارة البهامى وهى المختارة للمذهب اهـ .

(٢) لا الفرعية فهى للمشترى لأن الخراج بالضمان اهـ .

بالمبيع ، وسواء كان الشفيع خليطا أم جاراً إذ المشترى كالوكيل فكأن الملك من يوم العقد ﴿ لا ﴾ إذا حكم الحاكم للشفيع أو سلمت طوعا .وقد صارت هذه الفوائد ﴿ منفصلة ﴾ عن المبيع بعد أن كانت عند العقد متصلة ﴿ فللمشترى ﴾ حيث كان الشفيع جاراً ويحط عن الشفيع حصتها من الثمن على قدر قيمتها يوم العقد ﴿ إلا ﴾ أن تكون الشفعة ﴿ مع ﴾ الشفيع ﴿ الخليط ﴾ فى المبيع فلا تكون الفوائد الأصلية المنفصلة حيث شملها العقد للمشترى بل يحكم بها الكل للشفيع الخليط لأنه شفع الأصل بالأصل والفرع بالفرع مادامت الفوائد باقية ، فإن كانت تالفة حط عنه بحصتها من الثمن على قدر قيمتها يوم العقد وعليه للمشترى ماغرم لها للزيادة كالسقى والحرث نحو أن يشترى الجارية حاملا أو الشجرة مثمرة ، فإن الشفعة تتناول الحمل والثمرة لأنه شريك فيهما تبعا للأصل ولو لم يحكم له إلا بعد إنفصال الفوائد ، فإن كان الشفيع جاراً استحق المشترى فوائد المبيع جميعه ولاحط ، وإن كان خليطا استحق المشترى فوائد قدر المبيع ولا حط ، وللشفيع فوائد قدر نصيبه فقط ﴿لكن﴾ الشفيع إذا لم يكن خليطا ، وقد أخذ المشترى الفوائد المنفصلة لزمه أن ﴿ يحط بحصتها ﴾ أى بحصة الفوائد ﴿ من الثمن ﴾ على قدر قيمتها يوم العقد . هـذا ﴿ إن شملها العقد ﴾ أى كانت عند البيع متصلة بالمبيع ، وعند الحكم بالشفعة منفصلة عنه .

﴿ وحاصله ﴾ أن يقال : إن كانت الفوائد فرعية كالكراء والكسب فهى للمشترى يوم الحكم أو التسليم طوعا ، وإن كانت أصلية ففى المسئلة أطراف ثلاثة : « الأول » إذا حكم للشفيع وهى متصلة فهى له كلها جاراً كان أوخليطا شملها العقد أم لم يشملها وعليه للمشترى ماغرم بها للزيادة . « الثانى » : إذا حصلت الفوائد بعد البيع وفصلت عن المبيع قبل أن يملكه الشفيع فهى للمشترى ولاحط حيث كان الشفيع جاراً أو إن كان خليطا كان له فوائد قدر نصيبه وللمشترى فوائد قدر المبيع .

« الطرف الثالث » إذا شملها العقد وفصلت عن المبيع قبل أن يملكه الشفيع فإن كان الشفيع خليطا فهى له كلها إن كانت باقية بيد المشترى أو قيمتها يوم العقد يحط من الثمن إذا كانت تالفة وإن كان الشفيع جاراً حط عنه حصتها من الثمن على قدر قيمتها يوم العقد ، وهذه الأطراف قد شملها الأزهار .

﴿ وصورة ذلك ﴾ أن تباع أرض فيها أشجار مثمرة وقت العقد والشافع لها جار ولم يشفع إلا وقد فصلت الثمرة فإنها تقوم الأرض مع الأشجار مثمرة وغير مثمرة فما بينهما فهو التفاوت فإذا كان التفاوت هو ثلث القيمة يوم العقد حط المشترى ثلث الثمن ونحو ذلك ، وكذا لو كانت الفوائد فرعيـة كالزرع فى الأرض وقد ظهر حال البيع ولم يحكم بالشفعة إلا وقد فصل فتقوم الأرض كذلك مزروعة وغـير مزروعة فما بينهما فهو قيمة الزرع فينحط من الثمن بحصته كما مر ، وهذا حيث يكون البذر غير مملوك أو مملوكا يتسامح به لأنه من جملة الحقوق فى الأرض وإن كان لا يتسامح به فإن كان مملوكا كان الزرع لرب البذر سواء كان المشترى أم غيره وعليه أجرة حرث الأرض فإن أدخل فى المبيع وكان مجهولا ولم يتسارع إليه الفساد كان البذر للمشترى ويحط بقدر حصته من الثمن .

﴿ واعـلم ﴾ أنه لا يقوم الزرع والثمر منفرداً لأنه لا يباع منفرداً إلا إذا كان قد أدرك عند البيع فإن كان قد أدرك كذلك قوّم منفرداً ، وكذا فى الأشجار التى فى الأرض ما كان منها يباع منفرداً قوّم منفرداً وما كان منهـا لا يباع إلا مع الأرض قوم معها . ذكره فى البيان .

﴿ وكذا ﴾ يجب على المشترى الحط ﴿ فى كل ما نقص ﴾ من المبيع سواء كان فى يد المشترى أم فى يد غيره إذا كان النقصان ﴿ بفعله ﴾ كان يستهلك بعض المبيع فإنه يحط من الثمن بقـدر ما استهلك من المبيع هذا إذا كان النقصان فى عين المبيع لا فى صفته كعور الدابة ونحوها ولو بفعل المشترى فإن ذلك لا يوجب الحط من الثمن،

وإنما يخير الشفيع بين أخذ المبيع بكل الثمن وإلا ترك ، وأما نقصان العين نحو أن يشترى داراً فيستهلك بعض أبوابها، أو نخلا فيقطع بعضها، أو أشجاراً مثمرة فاستهلك بعض ثمرها أو نحو ذلك فنقول: إذا كان الثمن مائة وأخذ المشترى من المبيع بخمسين فإنه يحط من الثمن بخمسين هـذا حيث يستوى ثمن المبيع وقيمته ، فإن اختلفا كأن يشترى بمائة وخمسين ماقيمته يوم العقد مائة ، ثم يستهلك ماقيمته يوم العقـد أيضاً خمسون فقد استهلك نصف الثمن وهو خمسة وسبعون فيحط ذلك من الثمن، أواشترى بمائة ماقيمته مائة وخمسون ثم استهلك ماقيمته خمسون فقد استهلك ثلث المبيع فيحط ثلث الثمن وهو ثلاثة وثلاثون وثلث وعلى هذا فقس ، ويكون تقويم المستهلك والمشفوع جميعاً يوم العقد لا يوم الاستهلاك. قال فى الزهور : « وهذا إن أمكن تقويم المستهلك على انفراده وأما إذا لم يمكن تقويمه على انفراده قوم المبيع مع بقاء المستهلك ومع عدمه فما بينهما فهو قيمة المستهلك فيقسم الثمن عليه » .

﴿ فرع ﴾ فلو اشترى أرضاً بعشرة أمداد حنطة فيهـا زرع من الحنطة قدر خمسة أمداد قد أدرك ثم قام شفيع بعد حصد الزرع فإنه يأخذها بخمسة أمداد لأنها ثمنها حيث لم يكن للتبن قيمة فإن كان له قيمة لم يلزم الشفيع إلا الزائد على قيمته .

﴿ أو ﴾ كان النقصان من ﴿ فعل غيره ﴾ وكان بإذن المشترى له وإن لم يكن قد اعتاض أو لم يكن بإذنه إلا أنه حصل النقصان ﴿ وقد اعتاض ﴾ أو صالحه أو ابرأه مع إمكان الاستيفاء فإنه يحط بحصة النقص من الثمن ولو لم يكن بفعله قسط من الثمن بقدر ما قد نقص من المبيع وهو قدر مااعتاض من الفاعل، فإن كان مااعتاضه مثل القيمة كأرش المذاكير ونحوها شفع بنصف الثمن وإن كان الثلث نقص ثلث الثمن فيكون بالنسبة مابين القيمتين وإلا لزم فيمن اشترى داراً بمائة ثم أخـذ من أبوابها بمائة ان يأخذ الشفيع الدار بلا شىء وليس كذلك بل تقوم الدار بعـد أخذ الأبواب على انفرادها والأبواب على انفرادها فيسقط من الثمن بقدر التفاوت بالنسبة.

وأما حيث يكون النقص بفعل الغير ولم يكن المشترى قد اعتاض منه فإنه لايجب على المشترى حط شيء من الثمن بل يخير الشفيع إن شاء أخذ بجميع الثمن وإن شاء ترك ولا يكون للشفيع الرجوع على الغاصب بقيمة مااستهلك لأنه لا يطالبْ بما جنى عليــه فى غير ملـكه بل تـكون المطالبة إلى المشترى والأرش له ويحط عن الشفيع بقدره من الثمن فإن لم يطالب المشترى خير الشفيع إما شفع وإما ترك إذا كان نقصان صفة لا نقصان عين فقد مر، فإن كان من الشفيع قبل علمه بالبيع أو بعـد طلبه الشفعة فإن كان قد سلم الأرش أسقط عنـه من الثمن بقدره وإن لم يكن قد سلم فلا أرش عليه وعليه جميع الثمن ، وكذا إذا كان النقص بآفة سماوية فـكما لو كان بفعل الغير ولم يكن المشترى قد اعتاض فإنه لايحط شيء من الثمن لذلك وسواء كان نقصان عين أو صفة .

﴿٢٤٣﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان كيفية أخذ الشفيع للمبيع وأمور تتعلق بذلك : ﴿ وإنما يؤخذ المبيع قسراً ﴾ أي على وجه القهر فى حالين: إما ﴿ بعد الحـكم ﴾ بالشفعة وبعد تسليم الثمن لا قبله ولو بعد الحـكم فلا يؤخذ قسراً ﴿ فهو ﴾ أى المبيع فى يد المشترى بعد الحـكم ﴿ كالأمانة ﴾ مع صاحبها فى أنه يجب على المشترى تسليمه وله حبسه حتى يسلم له الشفيع الثمن وإلا جاز للشفيع أخـذه ولو قسراً، ويؤخذ من حيث وجد ويتصرف فيه قبل قبضه ولا يرجع الشفيع بما غرم فيه لو استحق ونحو ذلك..

﴿ أو ﴾ بعد ﴿ التسليم ﴾ للشفعة من المشترى ﴿ والقبول ﴾ من الشافع ﴿باللفظ﴾ وتسليم الثمن ﴿ فهو ﴾ أى المبيع فى يد المشترى ﴿ كالمبيع ﴾ فى يد البائع قبل تسليمه النافذ فيفترقان حيث استحق بالحـكم أو التسليم من وجوه: « الأول » إذا تلف المبيع فى يد المشترى بعد الحـكم بالشفعة كان كتلف الأمانة لا يضمن إلا ماجنى أو فرط

إن لم يتمرد عن التسليم وإلا فكالغصب بعد تجدد المطالبة ، وإذا تلف بعد التسليم باللفظ كان كتلف المبيع قبل التسليم فيتلف من مال المشترى إن كان قد قبض المبيع وإلا فمن مال البائع . « الثانى » إذا استحق المبيع بعد الحكم فللشفيع أن يتصرف فى المبيع قبل قبضه لا بعد التسليم بالتراضى فليس له إلا بعد القبض . « الثالث » أن الشافع إذا غرس فى المبيع أو بنى بعد الحكم ثم استحق المبيع بالحكم للغير لم يرجع بالغرامات على المشترى لأنه غير معذور ، وأما المشترى فيرجع بها على البائع مع الجهل لا بعد التسليم بالتراضى فيرجع بما غرم على المشترى لأنه كالمغرور ، والمشترى يرجع على البائع إن جهل كونه للغير ، وأما إذا استعمل المشترى المبيع فإنه يلزمه الكراء مع البقاء سواء كان بعد الحكم أو بعد التسليم بالتراضى .

﴿ واعلم ﴾ أنه لابد فى التسليم باللفظ من إيجاب وقبول ، فيقول المشترى سلمت والشفيع قبضت ، ويغنى عن القبول تقدم سؤال الشفيع أو القبض بعد قول المشترى سلمت . وأما قبض المشترى للثمن من الشفيع فلا يوجب الملك للشفيع ، وكذا لو دعى له بالبركة . ولا يملك الشفيع المبيع بغير هذين الأمرين ، وسواء كان ثبوت الشفعة له بمختلف فيه أم بمجمع عليه .

نعم ؛ وإذا ملكه الشفيع بأحد هذين الأمرين ﴿ فيؤخذ ﴾ المبيع المشفوع ﴿ من حيث وجد ﴾[1] سواء كان فى يد المشترى أم فى يد غيره طوعاً أو قهراً وعهدة المبيع إذا استحق على المشترى فيرجع الشافع عليه ولو أخذه من البائع إن كان مستوفياً إلا حيث هو فسخ كقبل قبض الثمن فعلى البائع .

﴿ فرع ﴾ قال فى البحر : وليس للمشترى مطل البائع بعد قيام الشفيع إذ الثمن لازم له فلا يسقط بالشفعة إذ لا يؤمن بطلانها ، وهذا مبنى على أنه بعد الطلب

(١) فلا يمنع منه إلا ذو حق كالمستأجر حيث كان التأجير ونحوه من عند البائع لا من عند المشترى فينقض لأن حق الشفيع سابق تصرف المشترى اه .

وقبل الحكم أو بعده والمبيع فى يد المشترى لأنها نقل ، فلو حكم بالشفعة وهو فى يد البائع لم يلزمه الثمن لأنه يقول قد انفسخ العقد بينى وبينك .

﴿ و ﴾ إذا ملك الشفيع المبيع فإنه يجب أن ﴿ يسلمه من هو فى يده ﴾ إلى الشافع سواء كان فى يد البائع أو المشترى ﴿ وإلا ﴾ يسلمه من هو فى يده بل امتنع ﴿ فغصب ﴾ فى جميع وجوهه ، وإذا تلف فبعد الحكم يضمن قيمته للشافع من تلف فى يده وتلزم الأجرة وإن لم ينتفع به ، وأما إذا كان التسليم بالتراضى وامتنع من تسليمه من هو فى يده حتى تلف المبيع لم يضمن القيمة بل يرد الثمن فقط فليس كالغصب مع التسليم طوعاً إلا فى الإثم فقط ، ولذا لا تلزمه الأجرة إن لم يستعمل أو استعمل مع التلف .

﴿ إلا ﴾ أن يحبسه من هو فى يده ﴿ لقبض الثمن ﴾ لم يكن غاصباً بل يجوز له ذلك إذا كان من يجوز له حبسه كالبائع والمشترى والوديع ﴿ ولو ﴾ كان الذى امتنع من تسليم المبيع حتى يسلم الثمن ﴿ بائعاً ﴾[1] له أو كان ﴿ مستوفياً ﴾ للثمن من المشترى أو مبريًا له أو مؤجلاً فإن له حبسه عن الشفيع حتى يسلم له الشافع الثمن .

﴿ وهى ﴾ أى الشفعة ﴿ هنا ﴾ حيث أخذت من البائع المستوفى للثمن ﴿ نقل ﴾ لا فسخ ﴿ فى الأصح ﴾ من المذهبين للمذهب وهو أحد قولى أبى حنيفة وأحد قولى أبى العباس ، وقالا فى أحد قوليهما انها فسخ ، وهو خلاف المختار للمذهب. وفائدة الخلاف تظهر فى مسائل أربع : « الأولى » أن الثمن إذا كان فيه زيادة وقلنا إن الزيادة فى حق الشفيع لاتلحق فإن قلنا إن الشفعة نقل فإن الزيادة تطيب للبائع وإن قلنا إنها فسخ وجب ردها للمشترى وليس كذلك . « الثانية » أن البائع إذا قبض الثمن من الشفيع لزمه أن يدفع للمشترى مادفعه الشفيع ولو نقداً ولو كان

(١) يفهم من هذا أنه يصح تسليم المشترى للشفيع ولو كان المبيع فى يد البائع ولم يجعل من التصرف قبل القبض اه .

الثمن الذى دفعه المشترى للبائع عرضاً ولو جعلناها فسخاً للزم البائع رد العرض للمشترى لا القيمة . « الثالثة » لو تلف ماسلمه الشافع فى يد البائع بغير جناية منه ولا تفريط فإنه يتلف من مال المشترى ولا ضمان على البائع إذ هو كالأمانة لايضمن إلا ماجنى أو فرط ولو قلنا إنها فسخ تلف من مال البائع ولزم تسليم ماسلم المشترى . ﴿ المسئلة الرابعة ﴾ أنه إذا حكم بالشفعة كانت العهدة على المشترى فى الرجوع بالثمن إذا استحق ورد عليه بالعيب وغير ذلك من الحقوق المتعلقة بالبائع ولو جعلناها فسخاً لكانت الحقوق متعلقة بالبائع وليس كذلك ، وأما إذا أخذ الشفيع المبيع من المشترى فإنها تكون نقلاً قولاً واحداً والفسخ هنا لعقد البيع مجاز إذ لاتؤخذ الشفعة إلا بعد البيع الصحيح ولو كان الفسخ حقيقة لزم بطلان الشفعة .

﴿ و ﴾ إذا طلب الشفيع الشفعة وجب أن ﴿ يحكم ﴾ بالشفعة ﴿ للموسر ﴾ بالثمن المعلوم إيساره أو المظنون ﴿ ولو فى غيبة المشترى ﴾ أو تمرده عن الحضور لأن القضاء جائز عندنا عليهما وهذا مبنى على انه قد طلبها من المشترى ثم غاب المشترى أو كانت غيبة المشترى فوق ثلاث مراحل فلم يحتج الشفيع إلى أن يذهب للطلب إلى المشترى ، واليسار هو أن يملك ثمن المشفوع فيه من غير السبب الذى يشفع به إلا أن يكون السبب متسعاً بحيث يبقى جزء يشفع به ، ولا يشترط أن يبقى له مايبقى للمفلس بعد ثمن المشفوع فيه ، « والعبرة باليسار والإعسار يوم العقد وعند الطلب معاً ولو تخلل بينهما[1] إعسار » فيحكم له بالشفعة حكماً مطلقاً إلا أن يكون معروفاً بالمطل حكم له حكماً مشروطاً بالتسليم حيث لايمكن إجباره . قال فى البحر : « إلا أن يكون الحكم سبباً فى تعدى الشفيع وظلمه لم يحكم له إلا بعد تسليم الثمن » .

﴿ و ﴾ إذا طلب الشفيع من الحاكم الإمهال لدفع الثمن وجب أن ﴿ يمهل ﴾ ما رآه الحاكم متحرياً للتنفيس غير الضر وهو يختلف باختلاف أحوال الجهات

(١) تقرير المجاهد وذ عفان اه .

والأشخاص والأثمان فيكون ﴿ عشراً ﴾ تقريباً لا تحديداً حيث يرى الحاكم ذلك كافياً وإلا فبحسب الحال ﴿ و ﴾ إذا ضرب له وعداً ومضى ولم يسلم فإنها ﴿لا تبطل﴾ شفعته ﴿ بالمطل ﴾ الزائد على المدة التى ضربها الحاكم بل يحبسه حتى يسلم الثمن فإن تمرد أو غاب غيبة يجوز معها الحكم قضى الحاكم عنه من ماله فإن احتاج إلى بيع شىء من ماله باعه حتى المشفوع فيه ﴿ إلا لشرط ﴾ شرط عليه الحاكم أو المحكّم انه إن لم يسلم الثمن فى يوم كذا فلا شفعة له فإنه إذا مطل بطلت شفعته ولو لم يقبل الشرط وكذا لو شرط الشفيع على نفسه أو شرط المشترى على الشفيع وقبل الشفيع شرط المشترى فإنه إذا مطل عن تسليم الثمن على حسب الشرط بطلت شفعته فإن لم يقبل لم تبطل شفعته بالمطل بل يرافعه إلى الحاكم .

﴿ و ﴾ يحكم الحاكم بالشفعة ﴿ للملتبس ﴾ حاله فى اليسار والإعسار والمحجور عليه أو موسر عرف بالمطل حكما ﴿ مشروطا بالوفاء لأجل معلوم ﴾ على مايراه الحاكم فإن لم يسلم بطل الحكم ولا تبطل الشفعة إلا لشرط بطلانها وما حدث من الفوارق بعد الحكم وقبل الخلف للوعد فلمن استقر له الملك وليس للحاكم أن يحكم للملتبس حاله حكماً ناجزاً، فلو حكم حكماً ناجزاً نفذ[1] الحكم ولو انكشف إعساره لم تبطل الشفعة لكن يبيع الحاكم عليه ماله ومن جملة ماله المشفوع فيه والسبب .

﴿ فرع ﴾ وإذا ادعى المشترى إعسار الشفيع كان القول قوله لأن الشفيع يدعى بعض الأخذ .

﴿ و ﴾ إذا حضر شفيع الجوار عند الحاكم وثم خليط فإنه يحكم ﴿ للحاضر ﴾ الطالب بالشفعة ﴿ فى غيبة الأول ﴾ عن مجلس الحكم أو عدم طلبه أو عدم علمه بالبيع أو له عذر مانع من الطلب ولا يؤخر الحكم إلى حضور من هو أولى منه ﴿ومتى حضر﴾ الأول وهو الخليط وطلب عند الحاكم بعد الحكم للجار ﴿حكم له﴾

(١) مع الجهل، أما مع العلم فيكون قدحاً فى عدالته ويبطل حكمه اه .

لأن الحكم الأول كالمشروط بأن لايقوم من هو أولى منه ﴿ وهو معه ﴾ أى الجار مع الخليط ﴿ كالمشترى مع الشفيع ﴾ فللخليط مطالبة من شاء من المشترى أو الشفيع كما لو تنوسخ المبيع . قال المفتى : « إن المشترى كالبائع والشفيع كالمشترى وفيه مافيه من الأحكام » فإن كان الجار قد استهلك شيئاً من الفوائد كان الحكم فيها ماتقدم(١) .

﴿ و ﴾ إذا بعث الشافع وكيلاً يطلب الشفعة له فلما طلب قال المشترى أطلب يمين من وكلك أنه ماسلّم لى الشفعة أى ماتراخى بعد أن علم وجب أن يحكم ﴿ للوكيل ﴾ بالشفعة للموكل . ﴿ وإن طلب المشترى ﴾ منه ﴿ يمين الموكل الغائب ﴾ عن مجلس الحكم ﴿ فى نفى التسليم أو التقصير ﴾ ويكون الحكم للوكيل كالمشروط بأن يحلف الموكل متى حضر أنه لم يكن قد سلم ولا قصّر فإن حلف نفذ الحكم بالشفعة وإن نكل بطل الحكم ، وسواء نكل عن اليمين المطلوبة فى نفى التسليم أو عن يمين دعوى التقصير . هذا إذا كانت اليمين المطلوبة من الموكل هى الأصلية لا إذا كانت هى المردودة والمؤكدة لشهادة العدلين والمتممة للشاهد فلا يحكم إلا بعدها .

﴿ فرع ﴾ فلو طلب المشترى يمين الوكيل أنه مايعلم ولا يظن أن موكله تراخى أو سلم وجبت لأنه يلزم بإقراره حق لآدمى وهو ترك المطالبة وتبطل شفعة الموكل بنكوله لأن النكول كالإقرار وما أقر به الوكيل لزم الموكل كما يأتى فى الوكالة ، وكذا لو طلب المشترى اليمين الأصلية من الموكل فقال الوكيل موكلى لايحلف كان نكوله كنكول موكله تبطل به الشفعة .

﴿ فرع آخر ﴾ فإن مات الموكل بعد الحكم للوكيل كان للمشترى تحليف الوارث أنه مايعلم أن مورثه سلم أو قصر ، فإن لم يكن ثمة وارث بطلت الشفعة .

---

(١) فى شرح قوله (ويحط بحصتها من الثمن إن شملها العقد) آخر فصل (٢ : ٢) اه .

وإذا عرف الحاكم إعسار الطالب للشفعة فإنه ﴿ لا ﴾ يحكم بها ﴿ للمعسر ﴾[١] حال العقد لأن مجرد الإعسار مبطل للشفعة من الأصل ، وكذا لو كان موسراً حال العقد ثم أعسر حال الطلب بطلت ﴿ وإن تغيب ﴾ المعسر بعد طلبه للشفعة ﴿ حتى أيسر ﴾ وحضر وطالب فإنه لايحكم له بإيساره بعد الإعسار ، وأما المحجور عليه فإنه يصح طلبه للشفعة فيحكم له الحاكم بها لأنه كالملتبس حاله ويمهل لتسليم الثمن ما رآه الحاكم .

﴿ والحط والإبراء ﴾ والإسقاط من الثمن عن المشترى ﴿ والإحلال من البعض قبل القبض ﴾ للثمن ﴿ يلحق العقد ﴾ أى يكون للشفيع فلا يلزمه للمشترى إلا مابقى بعد الحط إذا كان الحط دفعة وإن كان دفعات شفع بآخر دفعة فإن التبس قدر آخر دفعة بطلت الشفعة لجهل الثمن. وأما حط جميع الثمن أو إسقاطه فلا يلحق العقد فى حق الشفيع لئلا يأخذ المبيع بلا شىء بل يشفع بجميع الثمن كما هو مفهوم قوله من البعض ، وقوله قبل القبض يعنى قبل قبض البائع الثمن ﴿ لا ﴾ لو كان الحط ﴿ بعده ﴾ فهو تمليك لايلحق العقد ﴿ ولا ﴾ إذا كان الحط بلفظ ﴿ الهبة ونحوها ﴾[٢] من نذر أو تمليك أو صدقة لم يلحق فى حق الشفيع ولو حيلة على الشافع بكثرة الثمن ﴿ مطلقاً ﴾ سواء كانت الهبة ونحوها قبل قبض الثمن أم بعده .

﴿ والقول ﴾ عند الاختلاف « لمنكر خلاف الأصل » فمن ادعى الأصل قبل قوله ومن خالفه بيّن كما مر ويأتى وهنا ﴿ للمشترى ﴾ ووصيه ووارثه ﴿ فى قدر الثمن وجنسه ﴾

---

(١) ومن اختيارات إمام العصر نصره الله: مابيع فى سنى المجاعة لا شفعة فيـه لحاضر لم يطالب أو غائب لطلب الاعتياش أو صغير لا مصلحة له عند البيع لأن الإعسار فى تلك الظروف هو السائد المنتشر ، فسنة المجاعة مظنة له فتسقط الشفعة بتاتاً وإذا وجد الموسر فنادر لايخل بتأثير العلة فهى المظنة لا المئنة اهـ .

(٢) تقدم اختيار إمام العصر أيده الله بهامش أول فصل ٢٤٠ وهو إبطال الهبة ونحوها من البائع للمشترى بجزء من المبيع لمنع الشفيع غير الخليط اهـ .

ونوعه وصفته وجهل قدره ونسيانه وكونه جزافا، وفى فساد العقد إذ هو مباشر للعقد، والظاهر معه سواء كان اختلافهما قبل قبض الشفيع للمبيع أم بعده، فإذا قال الشفيع الثمن خمسون وقال المشترى بل مائة، أو قال بدراهم وقال المشترى بدنانير فالقول قول المشترى إذا كانت الدنانير يتعامل بها فى البلد أو كان نقدان مستويان وإلا فعليه البينة، وكذا الحكم فى دعوى فساد العقد، وإذا بين كل منهما بقدر ما ادعاه من الثمن حكم للشفيع ببينته لأنها الخارجة إذ الأصل أنها عليه .

﴿ فرع ﴾ قال فى حاشية السحولى: فلو أقر البائع أن الثمن دون ما ادعاه المشترى فإن كان إقرار البائع قبل قبض الثمن كان ذلك كالحط فلا يلزم الشفيع إلا ما أقر به البائع وإن كان بعد قبضه فالقول قول المشترى ولا حكم لإقرار البائع .

﴿ و ﴾ القول للمشترى أيضا ﴿ فى نفى السبب وملكه ﴾ فإذا قال المشترى للشفيع لا سبب لك تستحق به الشفعة أو أن هذا السبب الذى تدعى استحقاق الشفعة به ليس بملك فالقول قوله لأن الأصل عدمه والبينة على الشفيع ولو كان الظاهر معه . وكذلك الشفعاء فيما بينهم . قال فى الغيث « وإنما كانت البينة على الشفيع وإن كان معه الظاهر لأن من الظاهر معه فالقول قوله إذا ادعى عليه حق مخالف للظاهر لا إذا ادعى بالظاهر حقا فعليه البينة كهذه المسئلة » .

﴿ فرع ﴾ فإن سلم المبيع للشفيع ثم ادعى أنه لا يملك السبب فإن البينة عليه وتكون على أن السبب لفلان أو على إقرار الشفيع بأنه لا يملك السبب هذا إذا ناكر المشترى الشفيع عند طلبه لا لو صادقه فلا تقبل بينته إلا أن يدعى المشترى أنه جهل ملك الشفيع فسلم ظنا منه أنه يملك السبب ثم بان له خلاف ذلك فإنها تقبل دعواه وبينته ويحلف أنه سلم ظنا منه ذلك .

﴿ و ﴾ القول للمشترى أيضا فى نفى ﴿ العذر فى التراخى ﴾ لو تصادق الشفيع والمشترى على أنه قد وقع تراخ من الشفيع حين علم؛ لكن قال الشفيع التراخى كان لعذر وأنكر

المشترى ذلك فالقول قول المشترى لأن الشفيع ادعى ما تمكن البينة عليه. مثال ذلك أن يقول الشفيع ماتراخيت إلا أنى سمعت[١] أن البائع وهب منه سهما أو أن الشراء لزيد أو أن الثمن كذا فأعرضت عن طلبها فتكون عليـه البينة أن مخبراً خبره بذلك ولو صغيرا أو كافرا، فإن لم يبين حلف المشترى مايستحق عليه الشفعة لا لو قال المشترى أنت تراخيت ونفى ذلك الشفيع كان القول قول الشفيع لأن الأصـل عدم التراخى ﴿ و ﴾ القول للمشـترى أيضا فى نفى ﴿ الحط ﴾ وقدره ﴿ و ﴾ نفى ﴿ كونه ﴾ وقع ﴿ قبل القبض ﴾ فلو ادعى الشفيع أن البائع حط للمشترى من الثمن أو اتفقا على أنه حط لـكن قال المشترى بعد القبض والشفيع قبله كان القول قول المشترى، وكذا إذا قال المشترى بلفظ الهبة أو نحوها وقال الشفيع بلفظ الحط فالقول قول المشـترى. قال فى الغيث « فإن بين كل منهما على دعواه وأطلقا حملت البينتان على السلامة فيحمل على أنه حط نجمين نجما قبل القبض وآخر بعده، أو أنه وهب بعضه وحط بعضه » وأما لو التبس الحط أو الإبراء على المشترى هل وقع قبل القبض أم بعده وادعى الشفيع أنه قبل القبض فالقول قول الشفيع إذ الأصل عدم القبض.

﴿ و ﴾ القول ﴿للشفيع﴾ ووارثه ﴿فى قيمة الثمن﴾ القيمى ولو من ﴿العَرْض[٢] التالف﴾ أى إذا كان ثمن المبيع قيمياً قد تلف واختلف الشفيع والمشترى فى قيمته يوم عقد البيع فالقول قول الشفيع فى قيمته وكذا لو كان باقيا ولم يعرف المقومون قيمته إما لزيادة أو نقصان عن قيمته يوم العقد فالقول قول الشفيع والبينة على المشترى فإن اختلف المقومون فى تقويمه فـكالاختلاف فى المهور[٣] إما مع اتفاق الشفيع

---

(١) لا لو قال ظننت فالقول قوله لأنه لايعرف إلا من جهته ولا يمكن البينة عليه اه.

(٢) العرض ــ بفتح العين وسكون الراء ــ هو المتاع، وكل شىء سوى الدراهم والدنانير، جمعه عروض اه.

(٣) راجع آخر فصل (١٤٥) اه.

والمشترى على قيمته يوم العقد سواء كان باقيا أم تالفا، أو اتفق المقومون على قيمته يوم العقد مع بقائه فلا تشاجر .

﴿ و ﴾ من اشترى أرضين متجاورتين وقام فيهما شفيع مجاور لاحداها أو ادعى أن المشترى اشتراهما صفقة واحـدة حتى يأخذهما معا وقال المشترى بل اشتريتهما صفقتين فلا شفعة لك إلا فى المجاورة لك فالقول قول الشفيع فى ﴿ نفى الصفقتين ﴾ حيث قال المشترى صفقتين ﴿ بعد ﴾ قوله ﴿ اشتريتهما ﴾ عارفا معناه وسـواء وصل كلامه أم فصله فإن القول قول الشفيع فى كون المشترى اشتراهما صـفقة واحدة . وأما إذا قدم المشترى قوله صفقتين وقال بعد ذلك اشتريتهما . أو قال اشتريت هـذه ثم هذه أو نصفا ثم نصفا فالقول قوله، فلو كانت الدعوى على العكس بأن ادعى الشفيع أن المشترى اشترى المبيع صفقتين ليأخذ إحـداهما وقال المشترى بل صفقة واحدة ليأخذ الجميع فالقول قول المشترى .

﴿ وفائدة هذه الدعوى ﴾ قال فى الزهور: إن اشترى صفقتين فإما أن يكونا مشاعين أو منفردين فإن كانا مشاعين كانت الصفقة الأولى للشفيع والثانيـة للمشترى إذا كانت شفعة الشفيع بالجوار لأن المشترى قد صار خليطا وإن كان الشفيع خليطا فالأولى والثانية بينهما نصفين وإن كانت الصفقتان منفردتين : فإن اشترى المباينة أولا لم يكن له فيها الشفعة والثانية بينهما . وإن اشترى الملاصقة فهى للشفيع والثانية له ولا شفعة فيها، وهـــذا مبنى على أنه اشترى الصفقة الثانية قبل الحكم للشفيع بالصفقة الأولى .

﴿ وضابط هذه المسئلة ﴾[1] « أن نقول لا يخلو إما أن يكون الشفيع جاراً أو خليطا أو شريكا فى الشرب أو فى الطريق فإن كان جارا فلا يخلو إما أن يكون الشراء مشاعا أو غـير مشاع ، فإن كان غير مشاع ، فإن تقدم شراء الباين استبد المشترى

(١) نقلا عن تحصيل القاضى محمد بن أحمد الحلالى رحمه الله اه .

بالمباين واشتركا في اللاصق وهي آخر صفقة تكون مشتركة بين الشفيع بالجوار والمشترى لأن شراء هذه الصفقة اللاصقة استشفاع لتقدم الملك في الصفقة المتقدمة. وإن تقدم شراء اللاصق فالشفعة ثابتة في الصفقة الأولى وهي اللاصقة فقط لا فيما بعدها إذ قد صار مباينا ، وإن كان الشراء مشاعا فالشفعة ثابتة في الصفقة الأولى لافيما بعدها لأن المشترى قد صار خليطا . فلو كان سبب الجار متصلا بجميع الصفقات ثبتت له الشفعة في الصفقة الأولى جميعها ونصف ما بعدها من الصفقات لاستواء المشترى والشفيع في الجوار .

﴿ الشكل الحادى عشر ﴾

يمثل صورة ذلك وهو حيث لم يكن المبيع متصلا بملك المشترى وهذا بناء على أن الصفقات معينة كما في المثال لا إذا كانت مشاعة فليس للشفيع إلا أول صفقة لا ما بعدها لأن المشترى قد صار خليطا بالشراء وهو أخص بباقى الصفقات فإن كان المبيع متصلا

ملك الشفيع				
صفقة ٥	صفقة ٤	صفقة ٣	صفقة ٢	صفقة ١
(شكل ١١)				

ملك المشترى				
صفقة ٥	صفقة ٤	صفقة ٣	صفقة ٢	صفقة ١
(شكل ١٢)				

بملك المشترى والشفيع معا في شكل ١٢ كانت الصفقات بينهما معا ، وأما إذا كان الشفيع خليطا فإن كان المشترى أصليا كان شراؤه استشفاعا وثبتت جميع الصفات بينهما نصفين أو ثلاثا على حسب تعدد شركاء الخلطة لاستوائهما في السبب وهو الخلطة فإن لم يكن المشترى خليطا ثبتت الشفعة للشفيع الخليط في الصفقة الأولى جميعها وما بعدها من الصفقات تكون بينهما نصفين أو ثلاثا على ما تقدم لاستوائهما في السبب ، وهكذا إذا كان الشفيع خليطا والمشترى جاراً فالشفعة ثابتة للشفيع

فى الصفقتين مما « وصورة ذلك » أن تكون قطعة بين رجلين نصفين مفرزين وكل نصف بينهما مشاع فمتى باع أحدهما نصيبه صفقتين فى كل جانب صفقة فالشفيع خليط فيهما تثبت له الشفعة فى الصفقتين مع أن المشترى قد صار جارا باعتبار الصفقة الأولى هكذا قرره فى البيان أما إذا كانت الشفعة بالشرب فإما أن يكون الشراء مشاعا أو معينا « فان كان مشاعا » ثبتت الشفعة للشفيع فى الصفقة الأولى لا فيما بعدها لأن المشترى قد صار خليطا إلا أن تكون الصفقتان مفرزتين فى موضعين واشترى كل صفقة فى موضع مشاعا لأن الشفيع شريك فى الشرب فى الموضعين فتثبت الشفعة فى جميع الصفقات للشفيع إن كان أخص من المشترى وإن كان المشترى أخص فهو أحق وإلا اشتركا وهكذا يكون الحكم فى الطريق .

« وأما إذا كان معينا غير مشاع فالشفعة ثابتة فى الصفقة الأولى للشريك فى الشرب وأما ما بعدها من الصفقات فإن كان ثمة أخصية ينفرد بها المشترى فى الشرب أو الطريق كما مر تحقيقها فى شرح قوله « بل بخصوصه » آخر فصل « ٢٣٩ » فلا شفعة عليه لأن شراءه قد صار استشفاعا وإن لم يكن ثمة أخصية بل هما مستويان فى السبب كالتى تشرب موجا فهما فى الصفقات الأخر على السواء على حسب تعدد الشركاء إلا أن يكون الشراء مشاعا وذلك إذا كانت الأرض تشرب موجا فإن الشفيع لا تثبت له إلا الصفقة الأولى وما بعدها يستبد بها المشترى لأنه قد صار خليطا بالشراء فهو أخص وهكذا يكون الحكم فى سبب الشركة فى الطريق » .

﴿ وأما كيفية[1] استحقاق الشفعة فى الماء فى الصفقات الأخر ﴾ فنقول : إذا كانت الشفعة بالشرب فإما أن يكون البيع متناولا لينبوع البئر أو الغيل مع الأرض أو الينبوع من دون الأرض أو العكس: ففى الصورة الأولى يكون حكم الشفيع

---

(١) يستفاد من المجموع شرح العنسى عن تحصيل وتقرير القاضى العلامة عبد الله ابن حسين دلامة اهـ .

فى الينبوع حكم الخليط فى الصفقة الأولى . مثاله لو اشترى نصف قطعة مع ما يخصها فى الينبوع وهو نصفه صفقة واحـدة والنصف الآخر منها صفقة وكان جملة الثمن عشرين دينارا فإن للشفيع الصفقة الأولى منها ويسلم عشرة دنانير ثمن ذلك وله من الصفقة الأخيرة نصف ما يخصها من الينبوع لا من القطعة، فإذا كان نصف مايخصها درهمين سلمها فحينئذ صار له من المبيع ثلاثة أرباعه من الينبـوع ونصفه من القطعة وعليـه من ثمن الجميع اثنا عشر دينارا « وإما أن يكون المبيع فى الينبوع فقط » فيكون حكم الشفيـع والمشترى فى الصفقات الأخر حكم الخليط بل هو فى الحقيقة خليط فيـكون للشفيع أول صـفقة والباقى بينهما . « فأما أن يكون المبيع الأرض فقط » فللشفيع أول صفقة فقط . فتأمل هذا فهو حاصل مفيد جدا .

﴿ وإذا ﴾ اشترى شخصان دارين متجاورتين ثم ﴿ تداعيا الشفعة ﴾ فادعى كل واحـد منهما أنه يستحق الشفعة فى دار صاحبه لأنه المتقدم ﴿ حكم للمبين ﴾ منهما ﴿ ثم الأول ﴾ منهما عقتضى بينته أنه المتقدم بالشراء حيث البينتان مؤرختان ﴿ ثم المؤرخ ﴾ أقدم فيحكم له بالشفعة حيث الآخرى مطلقة لأنها تحمل على أقرب وقت إلى وقت التداعى والمؤرخة تحمل على تقدمها على وقت التداعى . ثم إذا لم يكن لها بينة فأيهما حلف ونـكل صاحبه أو حلف أصلا وردا حكم له ﴿ ثم تبطل ﴾ الشفعة فلا يستحقها واحد منهما إن لم يكن لها بينة وحلفا أو نـكلا أو كانتا مطلقتين معا وحلفا أو نـكلا أيضا أو مؤرختين إلى وقت واحـد ولا تخالف هنا ولا تـكاذب لأنه يمكن استعمالها لأن ملـكهما حصل فى وقت واحد . والله أعلم .

﴿٢٤٤﴾ كتاب الاجارة

الإجارة بكسر الهمزة ـ وحكى ضمها وفتحها ـ وهى لغة : إسم للأُجرة ، وفى الاصطلاح : عقد بإيجاب وقبول واقعاً من مثل بيمين على عين لمنفعة ، مباحة ، مدة معينة ، بأجرة معينة .

﴿فصل﴾

فى بيان ما يصح تأجيره وما لا يصح ، وبيان المنفعة التى يصح عقد الإجارة عليها وشروط صحة الإجارة : أما بيان ما يصح تأجيره فالإجارة إنما ﴿ تصح فيما يمكن الانتفاع به ﴾ على وجه يحل فى الحال ولو فى بعض مدة الإجارة ﴿ مع بقاء عينه[1] ونماء أصله ﴾ قوله « فيما يمكن الانتفاع به » احتراز مما لا نفع فيه نحو فرخ الباز والحمام الصغير ما لم يكن للايناس ، وكذا لو أجّر ناظر المسجد حانوته الخراب بشرط أن يسدها المستأجر من ماله ويكون ما أنفقه محسوباً من الأجرة لم تصح الإجارة لأنه عند عقدها غير منتفع به ، وقولنا على وجه يحل احترازاً من استئجار الملاهى والأمة للوطء فانه لا يصح . وقوله « مع بقاء عينه » احتراز من استئجار الطعام والنقد ونحوها مما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه فانه لا يصح تأجيره ويكون قرضا صحيحا لأن اللفظ فيه غير شرط ، فإن استؤجر النقد للعيار أو التجمل أو نحوه جاز . ويصح استئجار الجوارح من الطير الأهلية للصيد لا الكلب فلا يصح لأنه لا يصح أن يؤخذ العوض على عينه فكذا على منفعته ، وكذا تأجير الحائط لفتح كوّة فيه للضوء لا يصح ذكر ذلك فى التعريفات . ووجهه أن عقده يتناول الهواء

(١) ولا يعترض ذلك بإجارة الثوب للباس وأنه يبلى فى مدة الإجارة لأن المقصود فيه النفع وهو اللباس لا البلى وكذا فى الخيم وسائر آلات الصناعة ، وكذا فى إجارة المسك ونحوه للشم على الأصح اهـ من البيان .

وهو حق وأخذ العوض على الحق لايجوز . وقوله « ونماءأصله » احتراز من استئجار الشجر لأخذ الثمر والمرعى لما يحصل فيه من الكلأ والحيوان للصوف واللبن فإن ذلك لا يصح لأن هذه الأشياء أعيان تتلف والإجارة لا تكون إلا على المنافع ، فإذا وقعت على هذه الأشياء كان بيع معدوم، وبيع المعدوم فاسد ما لم تكن ظئرا ـ أى مرضعة ـ فإنه يصح استئجارها واستهلاك نماها ... فإن استأجر أرضا فيها شجر مما يثمر فى العادة ولم يستثنه فسدت الإجارة بلا خلاف لأن الأشجار تدخل فى إطلاق الإجارة كالبيع سواء قصد الثمار أم لا لاشتماله على ما يصح وعلى ما لا يصح فيستلزم الجهالة ، فإن قصد التضحية عليها أو نحو ذلك صحت لأنه يمكن الانتفاع بها كغيرها والمنفعة جائزة . ويجوز استئجار القمارى للتلذذ بأصواتها الحسنة والطاووس للنظر إلى صورته الجميلة والديك للاعلام بالأوقات أو لإصلاح الدجاج ورعايتهن لأن ذلك معلوم من حالها لا لتسافدها كالفحل للضراب . ويصح استئجار الزوجة لخدمة البيت ولحضانة ولدها مع بقاء الزوجية وبعدها بالأولى .

﴿ نعم ﴾ ومتى كان المستأجر يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ونماء أصله صحت الإجارة ﴿ ولو ﴾ كان المستأجر ﴿ مشاعا ﴾ وتجب قسمته ليتمكن المستأجر من حقه إن أمكن وإلا فبالمهايأة ويكون له الخيار إن جهل الشياع عند العقد كاستئجار ثلث الدار أو الأرض أو الدابة أو نحوها مشاعا وسواء أجّرها من الشريك أم من غيره ويكون التسليم له كما فى البيع إما بإذنه ولو غائبا أو بحضوره ولو كره أو بإذن الحاكم ولا يصح الاستئجار على عمل مشاع لأن الأجير لا يمكنه العمل فيه إلا بعد القسمة وهى لا تجب له على المالك .

﴿ و ﴾ أما المنفعة التى يصح عقد الإجارة عليها فلها شروط ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن يكون ﴿ فى منفعة مقدورة ﴾ عقلا وشرعا ﴿ للأجير ﴾ أو غيره فى مدة لمثلها أجرة ولو لم يكن قادرا عليها إذ يستنيب من يفعلها عنه فيمن يصح

أن يستنيب كما يأتي . ولهذا لا يصح الاستئجار على ما لا يمكن المستأجر فعله عقلا كنزح البحر أو رفع الجبل أو ما أشبه ذلك وكذا على نفس البيع ونفس الشراء ، ولا على ما لا يمكن فعله شرعا كحجتين في سنة واحدة فإن وقع عقد الإجارة على شيء من ذلك استحق الأجير أجرة المثل سواء تعلق به غرض في نزح البحر أم لا وسواء باع أو لم يبع .

﴿ الشرط الثاني ﴾ أن تكون المنفعة ﴿ غير واجبة عليه ﴾ أي على الأجير[١] فلو كانت واجبة عليه فلا تصح الإجارة ولا يجوز أخذ الأجرة عليها وذلك كالجهاد والأذان والشهادة لا تأديتها في مكان مخصوص فيجوز أخذ الأجرة على المشي إلى محل أدائها . ولا يجوز على تعليم البالغ القرآن ولو قدر حفظ ماتصح الصلاة به وهو القدر الواجب لأن القدر الواجب غير متعين وكذا سائرعلوم الدين ولايصح تأجير المصحف بخلاف بيعه فانه يتناول الجلد والكاغد . وتصح الإجارة ويجوز أخذ الأجرة على تعليم تهجّي الحروف والخط ما لم يقصد تعليم القرآن في حق الكبير . وتصح الأجرة في تعليم الصغير القرآن مع ذكر مدة معلومة ودروس معلومة لا على تعليمه حتى يحفظ فلا يصح لجهالة المدة ، فان فهم قبل مضى المدة المعلومة استحق الأجرة ويصح تأجير كتب الهداية . ويجوز أخذ الأجرة على قراءة القرآن على قبور الموتى[٢] المؤمنين ولا يشترط الترتيب بين الأجزاء والسور إذا كان غير أجير . وأما الأجير فينصرف إلى ماوقع عليه العقد وإلا فإلى العرف وتكفى النية في أوله وإن طالت المدة ، ويجوز

---

(١) « غالبا » ليخرج الاستئجار على حفر القبر وحمل الميت والختان وأجرة الشاهد على المقدمات فانه يصح اهـ .

(٢) لأن ثواب القراءة يصل إلى الميت عملا بحديث رواه النسائي : « من دخل مقبرة وقرأ قل هو الله أحد إحدى عشرة مرة وأهدى ثوابها لهم كتب له من الحسنات بعدد من دفن فيها » فلو لم يكن ثواب القرآن ينفع الميت ويصل إليه لما أرشد النبي صلى الله عليه وآله وسلم إلى قراءة قل هو الله أحد للأموات .

أخذ الأجرة على الرقية وهى قراءة الفاتحة على العليل ولو فاسقا لأنها ليست واجبة على الراق ولا بأس بالنفث من دون تمقيد ، ويجوز أخذ الأجرة على مدواة الفاسق والذمى لأنه محترم الدم ، وكذا على حمل ميت من الكفار من أمصار المسلمين إلى خارج لا على إدخاله لأن ذلك محظور .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثالث ﴾ أن ﴿ لا ﴾ تكون ﴿ محظورة[1] ﴾ على الأجير فلا يصح استئجار المحرم على ذبح الصيد واستئجار المغنية والبغى والنائحة وآلات الملاهى فإن ذلك لا يصح، ويدخل فى ذلك إذا أجّر بيته من ذمى ليبيع فيه خمرا أو ليصلى فيه أو ليجعله كنيسة فإن ذلك لا يجوز إن شرط فى العقد أو كان مقصودا ولو كانوا مصالحين على ذلك لأن المعاونة عليه محظورة .

وأما شروط صحة الإجارة فهى ستة :

﴿ الأول ﴾ قوله : ﴿ وشرط كل مؤجَّر ﴾ بفتح الجيم صحة ﴿ ولايته ﴾ بملك أو ولاية أو وكالة أو تحصل الإجارة ممن إليه ذلك لأن هذا شرط فى نفوذها وسواء كان جمادا أو حيوانا آدميا أم غير آدمى حرا أم عبدا إلا الموصى له بالمنافع فليس له أن يؤجرها لأن الوصية بالمنافع كالإباحة فليس له فيها ملك . ولا يصح أيضا إجارة الأنهار للسقى منها لأن المنفعة أعيان ، ولا حق الاستطراق ولا مسيل لأن المنفعة غير مملوكة .

﴿ والشرط الثانى ﴾ أنه يشترط لفظ الإجارة أو الإكراء سواء تناول المنفعة أو الرقبة نحو أجّرت منك أو أكريت منك دارى . وتصح بلفظ البيع أو التمليك إذا تناول المنفعة نحو بعت منك أو ملكتك دارى ولا بد من القبول أو ما فى حكمه وهو تقدم السؤال .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثالث ﴾ ﴿ تعيينه ﴾ أى تعيين العين المؤجرة كالبيع فلو قال

(١) « غالبا » احترازا من الأزبال المتنجسة فانه يجوز الاستئجار عليها اه .

أجّرت منك إحدى دوابي ولم تكن مستوية لم تصح الإجارة إلا بخيار فى التعيين لإحداها مدة معلومة فلو فرض استواؤها فى المنفعة من كل وجه صح كبيع أحدالأشياء المستوية .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الرابع ﴾ تعيين ﴿ مدته ﴾ وهو أن تكون مدة التأجير معلومة الانتهاء ولا حد لأكثرها ، وأما أقلها فهو ماله أجرة ﴿ أو ما فى حكمها ﴾ يعنى بذلك أو ما فى حكم المدة المعينة كالأعمال المحصورة كخياطة القميص وقصارة الثوب والذهاب إلى كذا . ﴿ و ﴾ إذا لم يذكر ابتداء وقت الإجارة بل أطلق كسنة صح عقد الإجارة وكان ﴿ أول مطلقها ﴾ فى لزوم الأجرة ﴿ وقت العقد ﴾ مع التمكن من القبض فى الصحيحة أو من يوم القبض فى الفاسدة ، وأما إذا أجّر الدار كل شهر بكذا ، أو كل سنة بكذا فالإجارة فاسدة لجهل المدة ويستحق أجرة المثل .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الخامس ﴾ تعيين ﴿ أجرته ﴾ أى أجرة المنفعة قدراً ونوعاً وصفة والمعتبر فى تعيينها مايعتبر فى تعيين الثمن جملة أو تفصيلا .

﴿ فرع ﴾ وإذا أعطى شخص ثوباً لخيّاط ليخيطه قميصاً أو لصبّاغ ليصبغه أسود ولم يعقدا عقد إجارة فإنه يصح ويكون لهما أجرة المثل . ومثل ذلك ما إذا حمل شخص لآخر متاعاً إلى مكان بدون عقد فإن للحمال أجرة المثل ومثل ذلك ما جرت العادة باستعماله بدون عقد كدخول الحمام، وحلق الرأس ، وغسل الثياب وشرب الماء والقهوة وغير ذلك من أنواع المباحات فإنه يصح وفيه أجرة المثل ، وكذا لو قال لغيره اعمل لدى فسكت العامل وعمل ماأمره أو قال لا أعمل إلا بكذا فسكت المالك وأعطاه الشيء الذى يعمله فإن ذلك يجوز ولا يصح ويستحق أجرة المثل إن عمل .

﴿ وتصح ﴾ أن تكون الأجرة ﴿ منفعة ﴾ نحو أن يستأجر داراً سنة بخدمة عبد سنة وإجارة دار بدار وحلية ذهب بذهب وحلية فضة بفضة نقداً أو نساء لأن هذا ليس بصرف ولا ربا فى المنافع ، سواء اتفقت المنفعتان كما مثلنا أم اختلفتا ، فلو

انهدمت إحدى الدارين استحق المستأجر لها قيمة منفعتها إذا لم يختر الفسخ لا أنه يستحق منفعة داره الباقية ، ويجوز أن يؤجر ثور ثلاثة أيام أو أقل أو أكثر بمنافع ثورين يوماً واحداً لأنه لا ربا فى زيادة المنفعة .

﴿ وما يصح ثمناً ﴾ للمبيع صح أن يكون أجرة وإلا فلا . هذا مذهبنا .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط السادس ﴾ تعيين ﴿ منفعة إن اختلفت ﴾ منافعه ﴿ و ﴾ اختلف ﴿ ضررها ﴾ فبعضها أشد مضرة من بعض نحو أن يستأجر داراً تصلح للسكنى فيها وتصلح للحدادة أو عبداً يعمل أعمالا مختلفة بعضها أشق من بعض ولا غالب فيها وإلا انصرف إليه فإنه لابد من تعيين المنفعة التى استؤجر لها ، وكذا الأرض إذا كانت تصلح لأجناس مختلفة بعضها أضر من بعض فلا بد من تعيين ما يزرع فيها أو يقول ازرع ماشئت أو احمل على الجدار ماشئت ، لأحمّل على الدابة كما شئت أو ماشئت لأن الحيوان لا يستباح بالإباحة لأنه يؤدى إلى تلفه ، فأما لو كانت الأرض لاتصلح إلا لنوع واحد كأرز أو لأنواع مستوية فى المضرة لم يجب التعيين لكن يزرع ماتعتاده هذه الأرض .

﴿ فرع ﴾ قال فى شرح الأثمار : « من استأجر بهيمة للحرث فلا بد أن تكون الأرض مشاهدة لاختلافها فى الصلابة إلا أن تنضبط بالوصف كفى ، ويصح الاستئجار للحرث وإن لم يعين مايحرث به كالحمل وإن لم يعين الحامل إذا صار العمل معلوماً للأجير .

﴿ ويجوز ﴾ للمستأجر ﴿ فعل ﴾ المساوى و ﴿ الأقل ضرراً وإن عين غيره ﴾ فمن استأجر عيناً لمنفعة معينة فله أن يستعملها فى غير تلك المنفعة إذا كانت المضرة مثل مضرة ما عيّن أو دونها ، فإن شرط عليه أن لايستوفى إلا تلك المنفعة لا مثلها ولا دونها فسدت الإجارة حيث شرط للمؤجر حال العقد لا حيث شرط المستأجر أو كان بعد العقد مطلقاً فالمذهب أنه يصح عقد الإجارة ويلغو الشرط. ويجوز للمستأجر أن

يضع فى الدار مايجلب الفارة مالم يكن العرف المنع من ذلك ، وإذا كانت البهائم لاتدخل الدار فى العادة لم يكن للمستأجر إدخالها .

(و) ﴿ اعلم ﴾ أن الإجارة ﴿ يدخلها ﴾ أمور ، منها : التولية والمرابحة بالإذن أو لزيادة مرغب والإقالة ، والمخاسرة . ومنها : ﴿ الخيار ﴾ أى خيار الرؤية والعيب والشرط وسائر الخيارات ، أما الرؤية والعيب فسيأتيان فى أول فصل ٢٥٢ .

﴿ وأما الشرط ﴾ « فحاصل الكلام فيه » أن نقول إما أن تجعل مدة الخيار من مدة الإجارة أو من غيرها أويطلق، فإن كانت مدة الخيار من مدة الإجارة كأن يستأجر الدار شهراً ويجعل الخيار ثلاثاً من أوله صحت الإجارة ، وإما أن يكون الخيار لهما أولأحدهما، فإن كان لهما فإن سكن المؤجّر انفسخ العقد وإن سكن المستأجل مضى العقد من جهته وعليه الأجرة إن تمّ العقد فالمسماة وإن لم يتم فأجرة المثل . وإن تمكن المستأجر ولم يسكن لزمته الأجرة إن تمّ العقد وإلا فلا ، وإن لم يسكن ولا تمكن فلا أجرة عليه تم العقد أم فسخ . وإن كان الخيار لأحدهما فإن كان للمؤجر فقط فإن سكن انفسخ العقد وإن لم يسكن لم ينفسخ ويكون الكلام فى سكون المستأجر وعدمه وتمكنه من السكون وعدمه ما مرّ من حيث الخيار لهما إلا أنه لامعنى لقولنا مضى العقد من جهته لأنه ماض من أول الأمر ، وإن كان الخيار للمستأجر فقط فإن سكن نفذ العقد عنه وإن تمكن لزمته الأجرة بكل حال سكن أم لا، وإن لم يسكن ولا تمكن فلا أجرة تمت الإجارة أم لا .

وإن جعل مدة الخيار من غير مدة الإجارة لم تصح الإجارة لأنها لاتصح على وقت مستقبل وليس له أن يسكن فى مدة الخيار ولا بعدها أيضاً إلا بإذن فإن سكن بغير إذن أو به لزمته أجرة المثل لعدم صحة عقد الإجارة ، وسواء الثلاث وهى مدة الخيار وسائر المدة ، وأما إذا أطلق فإن قال ولك الخيار ثلاثاً ولم يعينها، أو قال ولى الخيار أو لنا ثلاثاً فإنه يكون ذلك كما لو جعلت مدة الخيار من أول الشهر إذ مع

إطلاق الإجارة يكون أولها وقت العقد وتكون مدة الخيار من أولها حملاً للإطلاق على وجه الصحة فى مدتى الإجارة والخيار .

﴿ و ﴾ مما يدخل فى الإجارة ﴿ التخيير ﴾ للعامل إما فى العمل نحو أن يقول على أن تخيط هذا الثوب قميصاً أو قباء ، أو فى العين نحو أن يقول أن تزرع هذه الأرض أو هذه ، أو فى الأجرة نحو أن يقول أن تخيط هذا الثوب بخمسة أو هذا بعشرة ، أو يكون التخيير فى نوع الاستعمال فى العين المؤجرة مع الأجرة كأن يقول أجّرتك هذا الدكان على أنك إن قعدت فيها حدّاداً فالأجرة عشرة وإن بعت فيها البزّ أو أى شىء آخر فخمسة فإن مضت المدة مع التخلية والخيار فيهما للمستأجر ولم يفعل أيهما لزمه الأقل من الأجرة لأنه المتيقن والأصل براءة الذمة من الزائد وإن فعلهما معاً فالمختار أنه يلزمه أجرة الثوب الأول لأنه غير متبرع فيه ولا شىء للثوب الثانى لأن الشروع فى الأول اختيار له ، ويلزم فى الدكان أيضًا إنما شرع فيه من الاستعمالين فقد تعين للاختيار والثانى أجرة المثل فلو فرض أن الأمرين وقعا معا لزمه الأكثر من المسميين فى الدكان وعليه أجرة المثل للآخر من الاستعمالين ، وفى الثوبين يستحق أكثر التسميتين ولا شىء للآخر لأنه متبرّع به .. أو يكون التخيير فى المسافة نحو أن يستأجر البريد وهو الرسول أو البهيمة إلى موضع كذا أو موضع كذا ، فإن هذه الصور كلها صحيحة وإن لم يذكر خيار لأحدهما مدة معلومة على مايقتضيه كلام القاضى زيد ويكون الخيار فى المسافة لمن سار منهما فإن سارا معا فلمن شرط، والمرادبالشرط ابتداء العقد فإن التبس فسدت الإجارة بعد التحالف والنكول ، وأما الأعمال والأعيان فالخيار للأجير وفى مسئلة الراكب ونحوه للمستأجر . وأما الأعيان فلا بد من ذكر الخيار لأحدهما مدة معلومة نحو أن يقول أكريتك هذه الحانوت أو هذه ولى الخيار ثلاثة أيام أو لك، فإن لم يذكر خياراً معلوما فسدت كالبيع .

﴿ و ﴾ منها أنه يدخل الإجارة ﴿ التعليق ﴾ فى الأجرة سواء كانت الإجارة

صحيحة أم فاسدة فيكون الحكم لما وقع به الشرط وإذا تلف فى يد الأجير ضمن نحو أن يقول استأجرتك على أن تعرض هذه السلعة مدة كذا بكذا فإن بعتها فلك كذا وإلا فلا شىء لك ، أو إن بعتها بكذا فلك كذا وإلا فلا شىء لك فإن تعليق الأجرة على هذا الشرط يصح ويصح العقد ويضمن الأجير إذا تلفت العين فى يده بعد البيع قبل التسليم إلى المشترى لأنه قد صار أجيراً ولا يضمن قبل البيع لأنه أمين .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان : « وكذا يأتى إذا شرط على الأجير المشترك أنه إن لم يتم عمله الكل فلا شىء له على ماعمل ، أو شرط على الأجير الخاص أنه إن لم يتم المدة كلها فلا شىء له ، أو شرط الخاص على المستأجر له أنه إذا فسخ الإجارة فى بعض المدة فله عليه كل الأجرة فكل هذا يصح .

﴿ و ﴾ منها ﴿ التضمين ﴾ للعين المؤجرة فى الصحيحة والفاسدة فيضمنها إذا ضمن الغالب وغيره ولو تلفت بغير تفريط ضمان المشترك سواء قارب التضمين العقد أم تأخر مع القبول ولا بد من علم المستأجر والمشترك بالتضمين وإن لم يقبلا لأن المستأجر أمين لا يضمن ماتلف إلا أن يفرط فى الحفظ وإن شرط عليه الحفظ ضمن كالمشترك بعد التضمين وإن شرط عليه الضمان ضمن كما هنا ﴿ غالبا ﴾ احترازاً مما لو ضمن ماينقص بالاستعمال أو ينكسر أو ينشق أو يتلف بالاستعمال المعتاد أو بدونه من دون تفريط فإنه لايضمنه وإن ضمن فيلغو هـذا الشرط ويصح عقد الإجارة ، وأما إذا أطلق الضمان فإنه يضمن ماعدا ماينقص بالاستعمال فيلغو تضمينه أثر الاستعمال لأنه يؤدى إلى منعه من الانتفاع وتصح الإجارة ولا تفسد بذلك كما لايصح أن يضمن ذلك المستعير .

﴿ ويجب ﴾ على من استأجر العين المنقولة ﴿ الرد ﴾ لها بعد انقضاء مدة الإجارة. قال فى البيان : إلى موضع القبض لا إلى موضع العقـد إلا لشرط عمل به. ﴿ و ﴾ ان كانت العين غير منقول كالعقار من معمور وأرض فيجب على المستأجر ﴿ التخلية ﴾

لها ويكون الرد أو التخلية لذلك المستأجر سواء ضمن أم لم يضمن ﴿ فوراً ﴾ ليتمكن المالك من ملكه. وحدّ الفور أن يتمكن من الرد ولم يرد مالم يجر عرف بعدم الرد ، أو أن مالك العين المؤجرة يأبى لها فلا يجب الرد . ومثل الأجير المستعير فى وجوب الرد مالم يشترط عدم الرد لا الوديع فلا يجب عليه الرد ولو شرط عليه ﴿ وإلا ﴾ يرد المستأجر العين المستأجرة أو يخليها إذا كانت داراً بعد استيفاء المنافع ﴿ ضمن ﴾ ذلك الشيء ﴿ هو و ﴾ يلزمه ﴿ أجرة مثله ﴾ من يوم انقضاء المدة ﴿ وإن لم ينتفع ﴾ به لأنه صار غاصباً ويضمن ضمان الغاصب وإن لم ينقل ﴿ إلا ﴾ أن يترك الرد ﴿ لعذر ﴾ فإنه لايضمن العين ولا أجرتها إلا لتفريط أو تضمين . أما لو ترك تخلية الدار مثلا لعذر خوف سواء كان الخوف على العين أو على نفسه أو ماله فلا ضمان وتلزمه مع ذلك الأجرة إن لم يفرغ الدار . ومن العذر غيبة المالك عن موضع القبض ولو كان فى الميل .

﴿ ومؤنهما ﴾ أى مؤن الرد فيما لحمله مؤنة ومؤنة تخلية الدار ونحوها ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ مدة التخلية ﴾ للدار ونحوها تجب ﴿ عليه ﴾ أى على المستأجر إلا لعرف أنه على المالك ، ويجب أن تكون مدة التخلية من مدة الإجارة فيأخذ فى تفريغ الدار ومدة الإجارة باقية ، وأما فى المنقول فلا يجب الرد حتى تتم مدة الإجارة فإن لم يفرغ الدار إلا بعد مضى المدة ضمن العين وأجرة مثلها من يوم انقضاء مدة الإجارة .

﴿ فرع ﴾ وإذا حصد المكترى زرعه فعليه قلع مابقى من أصوله ليرد الأرض فارغة كوجوب تفريغ الدار مالم يجر عرف بخلافه كما هو عرفنا أن المستأجر لايجب عليه قلع ذلك .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان : وإذا قدم المالك من الغيبة بعد مدة وادعى على المستأجر أو على المستعير انه انتفع ولم يفرغ نظر فى حالها فإن كانت فارغة فالبينة عليه وإن كانت مشغولة فالقول قوله. ذكره فى التفريعات .

و ﴿ لا ﴾ يجب على المستأجر ﴿ الإنفاق ﴾ للدابة المستأجرة فى مدة الإجارة ومدة الرد بل هو على المالك للحيوان كالوديعة والعارية فإن كان العرف أو شرط أن النفقة على المستأجر كانت الإجارة فاسدة لجهالة الأجرة لأنها تكون من جملة الأجرة وهى مجهولة ويلزم المستأجر أجرة ماانتفع به وله ما أنفق إلا أن يكون الإنفاق معلوماً جنساً ونوعاً وقدراً فيصح فى المثلية لا فى القيمية فلا كالقصب والتبن إلا أن يذكر دراهم معلومة ويأمره أن يشترى بها علفاً صح ذلك ويكون مستأجراً على علفها .

﴿٢٤٥﴾ ﴿ فصل ﴾

فى أحكام إجارة الأعيان ﴿ وإنما تستحق ﴾ أى تستقر ﴿ أجرة الأعيان ﴾[١] بأحد أمرين إما ﴿ باستيفاء المنافع ﴾ فى جميع المدة المضروبة وإن استوفى البعض لزمه تسليم كراه ﴿ أو التخلية الصحيحة ﴾ بين العين المؤجرة والمستأجر لها فى العقد الصحيح وتكفى التخلية ولو لم يقبض الأجرة بخلاف البيع فلا بد من قبض الثمن . ومعنى التخلية التمكن من الانتفاع فى المدة المضروبة للإجارة وإن لم ينتفع فلو استأجر داراً وهى على مسافة منه فتخليتها بمضى مدة يمكن فيها القبض وإن لم يكن قريبا من المخلى له وهذا فى غير المنقول لا فيه فلا بد من القرب بخلاف البيع. ووجوب الفرق بين هنا والبيع أن فى الإجارة قد فاتت المنافع عنده فلو لم تكن التخلية قبضاً لكانت قد فاتت بغير عوض وهو إتلاف مال الغير بخلاف البيع فالعين باقية لم يستهلك منها شيئا لكن إن كان المستأجر بعيداً عنها عفى عن قدر المدة التى يصل فيها يعنى لاتلزم الأجرة فى هذا القدر ، وأما بعد فتلزمه وإن لم يصل . والتخلية الصحيحة هنا على ماجرت به العادة وهى فى المنقول حضوره فى المجلس لا إمكان حضوره وفى غير المنقول تسليم المفتاح فيما كان مغلقاً وفى غير المغلق بالتخلية بين

(١) يؤخذ من هذا أنه لا يصح تأجير الحقوق كما هو المختار لأنها ليست بأعيان اه .

المستأجر وبينه ، ومن التخلية تفريغ المنزل ونحوه مما فيـــه ليتمكن المستأجر من الانتفاع وتكون مدة التفريغ قبل مدة الإجارة .

﴿ فرع ﴾ وعلى المكرى تسليم المفتاح فإن ضاع مع المكترى لزمه إبداله لأن الضياع تفريط وإن تلف بغير تفريط لم يضمنه المستأجر .

وأما لو لم تكن التخلية صحيحة لم يلزم المستأجر شيء من الأجرة كأن يسلم الدار مغلقة ولم يسلم المفتاح ولا يمكن فتحها بدونه إلا بمؤنة ومشقة ولا يلزم المكترى فك الغلقة أو التسلق فإن فعل أثم وضمن ما كسر ولزمت الأجرة لحصول التخلية الصحيحة ، أما المالك فيلزمه ذلك وأكثر منه إذا لم يمكنه التسليم إلا به فإذا لم يفعل كان للمستأجر ولاية فى فعله ولا يحتاج إلى إذن الحاكم وله الرجوع على المكرى بأجرته مع نية الرجوع .

﴿ فإن تعذر الانتفاع لعارض ﴾ وقع ﴿ فى العين ﴾[1] المستأجرة نحو أن يستأجر داراً فانهدم جميعها أو أرضاً فانقطع ماؤها أو غلب عليها الماء أو غصبت أو دابة فعجزت أو إنساناً فمرض أو حبس أو نحو ذلك فإن كان قبل التسليم بطلت الإجارة وإن كان بعد قبضها لم تبطل عندنا فإن تعذر الانتفاع من بعض العين استنفع بالباقى فيما استؤجر له و ﴿ سقط ﴾ من الأجرة ﴿ بحصتها ﴾ أى بحصة المتعذر .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ على المالك ﴾ والمتولى والوكيل ﴿ الإصلاح ﴾ لما إذا تعذر الانتفاع بعد التسليم ليتمكن المستأجر من الانتفاع . ويجب إعادة ماتعذر الانتفاع به إلى أن يعود كمادته قدراً وصفة مع يسار المالك ويستثنى له مايستثنى للمفلس غير هـذه الدار ويصلح بالزائد ، وهذا حيث لم يفسخ المستأجر قبل إعادة البناء لا بعده فلا يثبت له الفسخ إلا إذا تغيّرت الدار إلى غير عادتها فإن فسخ قبل إعادة البناء فله ذلك ولو أسقط خياره مادامت الدار منهدمة ، وللمستأجر بعد غيبة المالك أو تمرده أن يعمر

---

(١) لا لو تعذر الانتفاع لحبس المستأجر لم يسقط شيء اه .

الدار إذا تعذر على المالك ولا يحتاج إلى أمر الحاكم ، ويرجع على المالك بما غرم مع نية الرجوع .

﴿ فرع ﴾ وعلى المكرى صلاح ما تغير من الدار وتطيين ما يحتاج إلى تطيينه ، وإصلاح بئر الماء إن كان فيها ليتمكن المكترى من الانتفاع فلو جرت العادة بأن يفعل ذلك المكترى أوشرط عليه كانت الإجارة فاسدة لجهالة ذلك وهو من جملة الأجرة

﴿ فإن تعذر ﴾ على المالك الإصلاح أو تمرد ولم يمكن إجباره ﴿ فى المدة ﴾ إما لإعساره أو لم يبق من مدة الإجارة مايتسع للانتفاع بها بعد الإصلاح ﴿ سقط ﴾ من الأجرة ﴿ بحصتها ﴾ ولايعتاض عنها فإن المنافع لا تضمن ليسارها لأنه من ذوات القيم وضمانها هنا سقوط أجرتها. قال فى الكوكب : وهذا حيث كان النقصان فى المنازل فإن كان النقصان فى الصفة نحو اللاجة ورضى بها المستأجر ناقصة فى الصفة فلا ينقص شيء من المسمى فلو تفاوتت الأجرة فى بعض المدة فيسقط من الأجرة بحصتها مع النسبة إلى أجرة المثل . وكيفية تحصيص الحط من الأجرة أن الدكان إذا تعطل شهرا نظرنا كم أجرة مثله فى تلك المدة ثم نظرنا كم أجرته باقى الشهور ثم تقسم أجرته المسماة على ذلك : مثال ذلك أن تكون أجرة الدكان ثلاثة أشهر بأربعين درهما وأجرة المثل ستين درهما وتعطل أحد الشهور الثلاثة وقسط الشهر من أجرة المثل أيام النفاق ثلاثون درهما وقسط أجرة الشهرين الأخيرين أيام الكساد ثلاثون درهما فانه يحط نصف المسمى وهو عشرون درهما لأنه تعطل فى أيام النفاق . فإن كانت المطلة فى إحدى الشهرين الأخيرين فانه يحط ربع المسمى وهو عشرة دراهم لأنه تعطل فى أيام الكساد .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا غصبت الدار المؤجرة فحيث يمكن المستأجر منع الغاصب ، واسترجاع الدار منه بغير عوض ولم يفعل بعد القبض أو التخلية الصحيحة فى العقد الصحيح يلزمه الكراء وله أن يرجع على الغاصب بأجرة المثل وما زاد على الكراء

يطيب له لأن الغاصب أتلف عليه منافع مملوكة فيضمنها بقيمتها له وهى أجرة المثل .

﴿ وإذا عقد ﴾ المؤجر ﴿ لاثنين ﴾ أى أجّر داره أو دابته من اثنين ﴿ فللأول إن ترتبا ﴾ أى إن وقع العقدان مترتبين فإن وقعا فى وقت واحد كأن يقول أجرت جميع دارى من كل واحد منكما فيقبلان ، أو التبس هل وقعا فى وقت أو وقتين نحو أن يؤجرها هو ووكيله والتبس هل فى وقت واحد أو وقتين فانها تبطل الإجارة فى الصورتين . ﴿ و ﴾ إذا أجاز المستأجر الأول العقد الثانى لآخر فـ ﴿ ـاجازته عقد المالك ﴾ يكون ﴿ لنفسه فسخ ﴾ للعقد الأول الذى بينهما ﴿ لا إمضاء ﴾ للعقد الثانى لأن المعقود عليه كان قبل إجازته مشغولا فى ملكه ولم يتم الفسخ إلا بإجازته فكانت شرطا فى صحة الفسخ والمشروط لا يتقدم الشرط فيحتاج المالك إلى تجديد عقد بينه وبين الثانى . « والمسئلة على وجوه أربعة » : أجرت لى وأجاز لى فسخ لا أمضى وهى مسئلة الكتاب فيحتاج إلى تجديد عقد بينه وبين المستأجر . «الثانى» أجرت له وأجاز له صح ذلك واستحق المستأجر الأول الأجرة ولو أكثر إن كان قد قبض لرضاء المالك بذلك . « الثالث » أجرت لى وأجازله صح ذلك وكانت الأجرة المستأجر الأول إذا كانت لمثل وبمثل فقط . « الرابع » أجرت له وأجاز لى : بقى العقد الآخر موقوفا فإذا أجازه المستأجر الأول لنفسه نفذ ولو لأكثر وبأكثر لرضاء المالك كما مر .

﴿ ثم ﴾ إن عُلم ترتب العقدين ولكن التبس المتقدم منهما حكم بالعين المستأجرة ﴿ للقابض ﴾ لها مع يمينه لأن قبضها أمارة التقدم ولو كان قبضه لها بسبب آخر كعارية أو رهن أو وديعة . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكونا قد قبضا معاً أو كان فى أيديهما معا فانه يرجع إلى المالك فإن أقر بتقدم عقد أحدهما حكم ﴿ للمقر له ﴾ دون الآخر لأن القول قوله مع يمينه ويمين المالك لوجوب الاستفداء للكل ﴿ وإلا ﴾ يعلم أيهما المتقدم ولا

قبض أحدهما ولا أقر المالك لأحدهما بالسبق ﴿ اشتركا ﴾ بعد التحالف والنكول ، وتكون العين المؤجرة بينهما نصفين فإن كانت وتراً أو استوت أجرة المثل ولم يتأت الإفراز نحو أن تكون الاجازة متعينة فى الحامل وحده نحو ثلاثة أبعرة حملا معاً على الجمل المنفرد ولهما لا للمؤجر الخيار فى فسخ الإجارة بانكشاف الاشتراك فأما لو كانت الإجارة متعينة فى الأحمال فاللازم على الأجير حملها على تلك الجمال أو غيرها شراء أو كراء أو عارية سواء تعين الحامل أم لا ﴿ إلا المانع ﴾ من الشركة فتبطل الإجارة من غير فسخ وذلك نحو أن تختلف طريقهما أو الاحمال ، ويكون الشيء المؤجر وتراً نحو ثلاثة أبعرة بخلاف ما إذا كان شفعاً أو اختلفت الأجرة كأن تأتى أجرة بعير نصفا وأجرة بعيرين نصفا ولم يفت بذلك غرض فانهما يقسمان الشفع ويحملان على الوتر ولهما الخيار كما تقدم . وكذا للمؤجر هنا الخيار سواء كان عادته السير مع جماله أم الاستنابة لأنه يحتاج مؤنة اثنين فلو فسخ أحدهما ولم يفسخ الثانى لم يستعمل إلا نصفها لأنه قد بطل حقه من النصف الآخر وكذا لو اتحدت طريقهما إلا أن أحدهما أبعد فى المسافة فإنه لا يحمل الأبعد إلا بقدر حصته .

﴿ وللمستأجر القابض التأجير ﴾ للعين التى استأجرها ولو بإجارة فاسدة بشروط أربعة . وليس له أن يشرط الضمان إن لم يشرط عليه لأنه كالزيادة فى الأجرة .

﴿ الأول ﴾ أن يكون قد قبض العين فإن لم يكن قد قبض لم يصح كبيع المشترى لما اشترى قبل قبضه ، وقد قام هنا قبض العين مقام قبض المنافع إذ المنافع معدومة لا يمكن قبضها ويدخل فى هذا الأجير الخاص سواء كان عبداً أم حراً فيجوز لمستأجره تأجيره فى الأصح .

﴿ الثانى ﴾ أن يؤجرها ﴿ إلى غير المؤجر ﴾ لها إليه فأما منه فلا يصح سواء كان المؤجر مالكا أو غيره ممن تتعلق به الحقوق لأنه يؤدى إلى إن يكون طالبا مطالبا ، وأما لو كان المؤجر وكيلا وأضاف إلى من وكله بالتأجير فإنه يصح منه أن يستأجر

العين من مستأجرها منه لأن الحقوق غير متعلقة به بل بموكله . وكذا يصح فى الأجير على العمل المشترك أن يستأجر المستأجر له على ذلك العمل كما يستأجر غيره عليه .

﴿الثالث﴾ أن يؤجرها ﴿لمثل ما اكترى﴾ من العمل أو دونه .

﴿و﴾ ﴿الرابع﴾ ﴿بمثله﴾ أى بمثل الأجرة التى استأجرها بها أو بدونها . هذا مذهبنا وهو قول الهادى فى الأحكام وأكثر العلماء فإن شرط عليه أن لا يؤجرها فسدت الإجارة وللمستأجر أن يمين العين المستأجر لها لمثل ما استأجرها له ولدونه بغير إذن المالك ﴿وإلا﴾ يكن المستأجر قد قبض أو أراد أن يؤجرها من المؤجر ولو بعد القبض ﴿فلا﴾ يجوز له ذلك ولو أذن له المؤجر فى التأجير قبل القبض فلا تأثير لإذنه كما لا تأثير لرضاه لو أجرها منه . وكذا لا يجوز له أن يؤجرها لأكثر من العمل الذى استأجرها له أو بأكثر من الأجرة التى استأجرها به ﴿إلا بإذن﴾ من المؤجر للعين فانه يصح وتطيب للمستأجر الأول زيادة الأجرة وأما لأكثر بغير إذن فلا يصح ويكون لمالك العين أجرة المثل لما زاد فى المنفعة وأما بأكثر من غير إذن فلا يصح أيضا ويرد الزائد على من أخذ منه وهو المستأجر الثانى لأن العقد غير صحيح . ولا يستحق الزائد مالك العين المؤجرة لعدم زيادة المنفعة ولا المستأجر الأول لأنها فى مقابل المنفعة والمنفعة غير مضمونة والذى يدل على أنها غير مضمونة أن الدار إذا انهدمت أو غصبها غاصب سقطت الأجرة . ﴿أو﴾ كانت الزيادة فى الأجرة لحصول ﴿زيادة مرغب﴾ فى العين المؤجرة فعلها المؤجر الأول بغير إذن المالك من تجصيص وأبواب وغيرها مما لأجلها تزيد الأجرة أو ينتفع بها ذلك الانتفاع ثم أجرها بأكثر لا لأكثر طابت له تلك الزيادة ، وإذا نقضت مدة الإجارة فصل ما يمكن فصله كالأبواب ونحوها وعليه أرش ما نقص من العين لا ما لا يمكن فصله كالجص فلا يفصله وأما لو كانت الزيادة بإذن المالك فللمستأجر الأول الرجوع بالغرامة على المالك ولا يستحق زيادة الأجرة بل تكون للمالك ولا يفصل مما زاد شيئاً .

﴿ ولا يدخل عقد ﴾ ولو من المستأجر الأول ﴿ على عقد ﴾ فإن كانت العين مؤجرة مدة معلومة لم يصح أن يعقد بها في الحال للمستأجر الأول أو لغيره كبعد انقضاء مدة العقد الأول، ومن أراد أن يدخل عقداً على عقد على وجه الصحة لأجل غرض في العقد الآخر كتطويل مدة الإجارة أو غير ذلك فليكن فسخ العقد الأول ثم أنشأ العقد الآخر في وقت حال لا مستقبل وهو حيث تكون العين غير مؤجرة واستأجرها لوقت مستقبل فإن ذلك لا يصح . « والحاصل » أن تعليق الإجارة على وقت مستقبل لا يصح سواء كانت العين مؤجرة أم لا ﴿ إلا في الأعمال ﴾ فإنه يصح عقدها على وقت مستقبل سواء كان في العمل الخاص أم المشترك ، وسواء كان فيه إدخال عقد على عقد أم لا لأن التعليق في العمل لا في العقد . نحو أن يستأجره على أن يخيط هذا الثوب ثم يستأجره على خياطة ثوب آخر بعد ذلك الثوب . وكذا إذا استأجر الحاج ليحج هذا العام ثم استأجره هو أو غيره ليحج العام المستقبل فإن ذلك كله جائز ﴿ غالباً ﴾ يحترز مما لو استأجره اثنان بحجتين وأراد أن ينشئهما في عام واحد ولم يرض المستأجران بذلك فإن ذلك لا يصح فإن رضيا صح الإنشاء في عام واحد وصح عقد الحجتين وتأدية كل حجة في عام حيث استأجرا لأنفسهما لعذر مأيوس أو وصيين أذن لهما فيصح مع رضائهما وليس للوصي أن يرضى حيث يكون المستأجر عنه ميتاً إلا لعذر كأن يعينه الوصي ويحترز أيضاً من أن يعين الحجتين في عام واحد فإن ذلك لا يصح بخلاف سائر الأعمال « والفرق بين المنافع والأعمال » أن الأعمال تثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة . قال في حاشية السحولي « وصورة غالباً قد حذفها في الفتح وهو الأولى إذ امتناع الصورتين فيها ليس لكون العمل مستقبلا ولا لكون فيها إدخال عقد على عقد وإنما المانع في الصورة الأولى عدم رضاء الشركاء بالتشريك وفي الصورة الثانية كون العمل غير مقدور شرعاً .

﴿ فرع ﴾ وأما من أوصى بحجة وزيارة كاملتين فانه يصح أن يستأجر الوصي

لهما رجلا واحدا ينشىء لهما معا للعرف وكذا من أوصى بالزيارة فقط فاستأجر لهما من يريد الحج لنفسه أو غيره فإنه يصح أن ينشىء لهما فى سفر واحد للعرف بذلك . وأما من استأجره اثنان للزيارة فليس له جمعهما فى سفر واحد الا أن يأذنا له بذلك .

﴿ وما تعيب ﴾ من الأعيان المستأجرة سواء كان العيب من عند مؤجره أم حدث مع المستأجر ولو بفعله فيلزمه أرش العيب لأنه يجب تسليم المعيب فى جميع المدة على ما اقتضاه العقد فإذا أراد المستأجر فسخه ﴿ ترك ﴾ استعماله ﴿ فوراً ﴾ ولو خشى تلف ماله لسقوط الأجرة عليه وفسخه فى وجه مؤجره أو علمه بكتاب أو رسول وتكون فى يده أمانة نحو أن تكون سفينة أو سيارة ولا يجد غيرها إلا لنفسه دون ماله فإنه إذا أراد فسخها ألقى ما له ونجا بنفسه وكذا لو كانت دابة وهو يخشى تلف المال إن لم يحمله عليها فإنه يلقى حملها وأما إذا ردها راكبا فلا أجرة عليه للرجوع بها راكبا لجرى العادة بذلك ولا يكون رضاء بالعيب ولا يجب رد المعيب إلى محل الابتداء بل إلى حيث أمكن ﴿ لا ﴾ لو استأجر الدابة أو السفينة لركوبها فانكشف بها أوحدث بها عيب وخشي تلف ﴿ نفسه ﴾ إن تركها وما له المجحف ومال غيره مطلقا وحيوان غير مأكول جاز له ركوبها مع الفسخ ويستحق مالكها أجرتها معيبة منسوب من المسمى من يوم حدوثه إن كان حادثا عند المستأجر والا قبل حدوثه حصته من المسمى وإن كان العيب قديما من الابتداء استحق مالكها ما بين أجرة مثلها صحيحة ومعيبة وحط بقدر نسبته من المسمى . مثاله : لو كان أجرتها معيبة عشرين وصحيحة أربعين والمسمى ستين فما بين أجرتيها معيبة وصحيحة هو عشرون ونسبة العشرين من مجموع الأجرتين الثلث فنحط الثلث عشرين من الستين المساة يبقى أربعون وذلك مايستحقه المالك أجرة دابته معيبة . ومثال آخر عكس الأول : لو كان أجرتها معيبة أربعين وصحيحة ستين والمسمى عشرين فما بين أجرتيها معيبة وصحيحة عشرون ونسبة العشرين من مجموع الأجرتين الخمس فنحط الخمس من المسمى وهو أربعة من العشرين

يبقى ستة عشر وذلك ما يستحقه الثالث كذلك ، هـذه كيفية معرفة أرش العيب وعليها فقِسْ .

﴿ وأ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يترك الاستعمال فورا عند علمـه بالعيب ﴿ كان ﴾ الاستعمال ﴿ رضا ﴾ بالعيب ولزمه المسمى ويبطل خياره بذلك فلا يصح منه بعـد ذلك الفسخ ويلزمه جميع الأجرة ، والفرق بينها وبين خراب البعض من الدار أن منافع البعض تالفة فله الفسخ بخلاف العيب فقـد رضى ﴿ ومنه ﴾ أى ومن العيب الذى يفسخ به العين المؤجرة إذا استأجر أرضا للزراعة فزرعها ثم حدث ﴿ نقصان ماء الأرض الناقص للزرع ﴾ وسواء كان ماء غيل أو بئر أو مطر وكذا حكم زيادته الناقصة للزرع أو نقصان تراب الأرض باجتياح السيل لها وتخريب الفيران لها وكل آفة سماوية كالجراد والبرد والضريب وغيره إذا كان مؤثرا فى نقصان الزرع فلذلك يثبت للمستأجر الفسخ إن شاء قلع زرعه ولا أرش ولزمه أجرة المثل لما مضى من المدة إن كان قد حصل شىء من المقصود وكان لمثله أجرة لا لو قلع على وجه لا ينتفع به فلا أجرة أصلا ذكره فى الفتح وهو المختار . فإن لم يقلع كان رضاء بالعيب ولزمه المسمى ﴿ لا ﴾ النقصان أو الزيادة ﴿ المبطل له ﴾ أى لجميع الزرع ﴿ أو لبعضـه فتسقط ﴾ الأجرة ﴿ كلها ﴾ حيث بطل كل الزرع ولم يحصل منه ما ينتفع به ﴿ أو ﴾ بطـل بالنقصان أو الزيادة بعض الزرع سقط من الأجرة ﴿ بحصته ﴾ أى بحصة ما قد بطـل ويسلم من المسمى حصة الباقى وهـذا بالنظر إلى الأجرة فتسقط كلها إذا بطل الكل أو البعض وأما الإجارة فإن كانت قبل القبض بطلت وإن كانت بعـد القبض لم تبطل إلا بالفسخ فإذا لم يفسخ وعاد نقصان الماء إلى عادته أو نزح الزائد عنها بقيت الإجارة .

﴿ وعلى الجملة ففى المسئلة أربع صور ﴾ :

(الأولى) ان يتناقص الزرع فيستمر على الزراعة أو يبتدئها وأن يجرى على جميع

الأرض فنقصانه عيب واستمرار الزرع رضاء فتجب عليه جميع الأجرة ولا خيار له بعد الاستمرار .

﴿ الثانية ﴾ أن ينقطع جميعه فى بعض المدة فإن الأجرة تجب إلى وقت الانقطاع حيث قد زرع فيما مضى من المدة ما ينتفع به وحصده ويبست الزراعة الباقية لا إن لم يزرع لأن الأجرة لا تلزم إلا فيما انتفع به أو تمكن من الانتفاع وإذا لم يمض من المدة ما يمكن فيه الزرع فلا شيء . وأما ما بعد الانقطاع فلا شيء له من الأجرة إلا أن يترك الزرع يابسا فى الأرض كان كما لو ألقى أحمالا فى أرض الغير فتلزمه لبقائه أجرة مثله يابسا حيث لمثله أجرة إذ قد بطلت الإجارة هذا إذا كان قبل القبض سواء فسخ أم لا فتبطل مطلقا وبعد القبض مع الفسخ لا إن لم يفسخ فيلزمه أجرة المثل .

﴿ الثالثة ﴾ أن يجرى الماء إلى بعض الأرض وينقطع عن باقيها فإنها تجب الأجرة للذى جرى عليه الماء لا للباقى ويثبت له الخيار فى الباقى بين الرضى بحصته من الكرى وبين فسخه ويسلم حصة ما مضى من الكراء فى الكل حيث قد حصل شيء من المقصود وإلا فلا شيء .

﴿ الصورة الرابعة ﴾ أن يجرى الماء إلى جميع الأرض وفيه تناقص فسقى به بعض الأرض وقصر عليه فإن كان برضاء المؤجر لم يكن رضاء بالعيب ولزمه القسط من الأجرة ويؤخذ من هذا أن معالجة العيب برضاء مالكه فى الإجارة لا يكون رضاء بالعيب كما فى المبيع وإن لم يكن برضاء مالكه كان رضاء بالعيب ولزمه جميع الأجرة ، ولا فرق بين ماء السماء وغيره فى أن انقطاعه يبطل الأجرة ونقصانه الذى ينقص الزرع عيب حسبما مرّ لأنه مع عدم الماء لم يحصل التسليم صحيحا بحيث يمكن الانتفاع به فلا تجب الأجرة ومع نقصانه يكون عيبا .

﴿ فرع ﴾ وكذا إذا كان فساد الزرع لأمر لا يرجع إلى عيوب الأرض وكان يؤثر ذلك فى بطلان كل الزرع أو بعضه فإنه يكون عيبا وسواء عرف أنه إذا زرع

مرة أخرى لم يتم الزرع فى باقى المدة أو لا يعرف ذلك فإنه أيضا عيب .

﴿ فائدة ﴾ قال فى الديباج : إذا أراد المؤجر استحقاق الأجرة انقطع الماء أو المطر أو لم ينقطع فإنه يقول أجرتها منك أرضا بيضاء لما شئت فيها انقطع الماء منها أو لم ينقطع مدة معلومة بأجرة معلومة .

﴿ وإذا ﴾ استأجر رجل أرضا مدة معلومة ليزرعها أو ليغرس فيها و ﴿ انقضت ﴾ تلك ﴿ المدة ولما يحصد الزرع ﴾ أى لما يبلغ الحصاد أو يينع الثمر . أو استأجر سفينة ليعبر عليهـــا فانقضت المدة ﴿ و ﴾ لما ﴿ ينقطع البحر ﴾ وكان تأخر الزرع والثمر والسفينة ﴿ بلا تفريط ﴾ من المستأجر يؤثر فى نقصان المدة كأن يؤخر البذر لكثرة الماء أو نحوه ﴿ بقى ﴾ الزرع والثمر وما فى السفينة ﴿ بالأجرة ﴾ يعنى بأجرة المثل وإن لم يرض المؤجر إذ هو على جهة اللزوم ولا يحتاج إلى تجديد عقد ووجب لصاحب الأرض أرشها فإن قصر الزارع لغير عذر كأن يستأجر مدة ثم يزرع بعد مضى جزء منهـــا وبقى ما لا يتأتى للزرع أو يستأجر مدة يسيرة لا تتسع وهو يتأتى لمثلها أجرة وإلا فهى باطلة فإن المالك بالخيار بين أن يأمره بالقلع أو يعقد إجارة ثانية بما شاء المالك فإن لم يعقد استحق أجرة المثل .

وأما مسئلة الغرس فإن لم تكن عليها ثمار أمر بالقلع ولا أرش ولا تجب التسوية إلا لعرف أو يضرب عليها مع بقاء الغرس من الأجرة ما يشاء . وإن كان عليها ثمار فكما تقدم فى الزرع ... وأما مسئلة السفينة فإن كان فيهـــا نفوس غير مأكولة أو مال للغير ولو حيوانا مأكولا أو مال المكترى المجحف به سواء كان الحيوان غير المأكول للمكترى أم للغير وسواء كان مال الغير مجحفا به أم لا فإن أمكن إخراج ذلك منها وجب وإن لم يمكن بقى ما فى السفينة إلى امكان إخراجه بأجرة المثل كما لو لم يفرط المكترى فى المدة . وإن كان ما فى السفينة للمكترى غير مجحف به من مال أو حيوان مأكول خير مالك السفينة بين أن يلقى ما فيها بعد ذبح الحيوان المأكول

أو يعقد عليها من الأجرة ما شاء فإن لم يفعل لزم أجرة المثل .

﴿ مسئلة[1] ﴾ إذا حمل السيل تراب أرض لرجل إلى أرض غيره فعلى مالكه رفعه بما لا يجحف فإن لم يمكن فهو عذر وإذا رفعه لم يجب عليه تسوية الأرض إذا تولد نقص من التراب إلا لعرف ولا يجب عليه أجرة وقوفه فى الأرض لأنه بغير فعل منه إلا أن يكون بسبب متعدّ فيه أو بعد المطالبة بالرفع ولم يفعل .

﴿ فرع ﴾ فلو نبت فى التراب زرع بغير إنبات كان لمالك التراب إن كان التراب كثيرا بحيث يتم الزرع به وحده وعليه أجرة وقوف التراب فى أرض الغير وتكون الأجرة أجرة تراب زارع أى كالمزارعة وإن كان التراب قليلا لا حكم له فى الزرع فهو لمالك الأرض وإن كان متوسطا يتم به الزرع وبالأرض معا كان لمالكهما معا ولا يقاس على الأغصان. قال الشامى : والفرق بين الزرع والأغصان والتراب بأن الزرع يتصل عروقه إلى أسفل الأرض والتراب المحمول بخلاف الأوراق فإنه ليس لها بأصول الشجر اتصال وإنما اتصلت بالأغصان فقط .

﴿ فرع ﴾ وإذا اختلط التراب النازل بتراب الأرض بغير فعل فاعل اقتسما ما التبس بالتراضى إن حصل التراضى وإلا فنصفان ومن ادعى الزيادة بيّن . فلو كان أحدهما وقفاً صار الكل لبيت المال إلا ما عرف أنه ليس فيه من تراب الوقف وإذا صار لبيت المال فما تحته من الأرض حق لمالكها فيرفع ولى بيت المال ذلك التراب المختلط ويبقى ما تحته لصاحبه كما كان .

﴿ مسئلة ﴾ وما نبت فى الأرض المؤجرة من زرع أو شجر مما ينبته الناس فهو لمالكها إن كان بذره يتسامح به وإلا فلمالكه وعلى المؤجر أن يقلعه ليتمكن المستأجر من الانتفاع فإن لم يفعل كان للمستأجر قلعه ويرجع على المالك بأجرته ولا يعتبر إذن الحاكم .

(١) هذه وما بعدها من المسائل وما تفرع منها الجميع نقلا عن البيان وهامشه اه .

﴿ فرع ﴾ فإن ادّعى المستأجر أنه أنبته أي بذره وهو يمكن حدوثه فى مدة الإجارة فالقول قوله مع يمينه إن كانت مدة الإجارة باقية لأن اليد له لا بعد المدة فلا حكم ليده وعليه البينة إلا أن لا يمكن إلا من عنده فالقول قوله مطلقا ولا بينة ولا يمين وإن كان ذلك الزرع أوالشجر مما يعلم أنه نبت قبل الإجارة فهو لمالك الأرض ولا تسمع دعوى المستأجر حيث يدعى ذلك فى مدتها إلا ان ادعى أنه غرسه قبل الإجارة وملكه على وجه التعدى سمعت دعواه وبينته .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا دخل الماء المملوك أرض الغير بغير اختيار مالكه وجب إزالته على مالكه لكن إذا كان يضر بالأرض إزالته وبقاؤه معا لم يجب على المالك أرش ما نقص من الأرض إذا لم يرض مالك الأرض فإن رضى ببقائه لم يكن لصاحب الماء رفعه ولا أجرة عليه للأرض ولا يضمن مالكها الماء . قال فى المقصد الحسن هكذا اقتضاء النظر « قلت » وهو المقرر للمذهب .

﴿ مسئلة ﴾ ولا يصح إجارة الأنهار للاصطياد منها وهو أخذ السمك لأن الإجارة لا تملك بها الأعيان وذلك حيث قد صار السمك فى النهر على وجه لو حصل مانع لأخذها إلا أن يحبسها فيصح إذ الحبس منفعة مقصوده حيث كان الماء مملوكا ولا يصح أيضاً استئجار حق الاستطراق ومرور الماء لأن المنفعة غير مملوكة ويصح استئجار المملوك لذلك والشبكة للاصطياد بها إذ منفعتها مباحة وكذا غيرها من سائر الجوارح إلا الكلاب كما تقدم أول الكتاب فلا يصح استئجاره .

﴿٤٤٦﴾ ﴿ فصل ﴾

فى أحكام إجارة الحيوان أو الطيارة أو السيارة أو السفينة أو نحوها للحمل أو الركوب ، والفرق بين تعيين الحامل والمحمول أو أحدهما .

﴿ اعلم ﴾ أنه إذا تعين الحامل فقط كالبعير أو السياره أو نحوها فلا بد أن

يكون موجوداً فى ملك المكرى لأن المؤجر كالبائع ، وأما المكترى فلا يلزم أن يكون المحمول موجوداً فى ملكه إذا لم يعينه ، وأما إذا عيّن فلا بد أن يكون موجوداً فى ملك المكترى وإلا لم تصح الإجارة لأن العمل لا يمكن تسليمه عقيب العقد ، وكذا سائر مايصنع إذا عين فلا بد أن يكون فى ملك المستأجر ، وإذا تلف المحمول بعد تعيينه بطلت الإجارة ، وتعيين المحمول إما بالمشاهدة أو بالوصف بما يتميز كالمبيع إلا فى الراكب فلا يكفى الوصف إذا وصفه بإنسان إلا أن ينضبط بالوصف فيبيّن كونه رجلاً أم امرأة صغيراً أم كبيراً ، وأما إذا عين الحامل والمحمول معاً فالحكم لتعيين المحمول لا الحامل ولا فرق بين أن يكون المحمول متقدماً بالذكر أو متأخراً ولا يشترط مع تعيينهما وجود الحامل فى الملك حال العقد ، وأجرة الدليل للطريق تكون على المكرى إن عين المحمول وعلى المكترى إن عين الحامل وحده إلا لشرط أو عرف.

قال الإمام عليه السلام : ﴿ وإذا اكترى ﴾ الدابة أو السيارة ﴿ للحمل ﴾ عليها إلى جهة معينة ﴿ فعيّن المحمول ﴾ بأن قال استأجرتك على أن تحمل لى هذا إلى محل كذا ثبت له خمسة أحكام :

﴿ الأول ﴾ أنه إذا عين المحمول ﴿ ضمن ﴾ أى ضمنه الحامل له إذا كانت اليد له لأنه أجير مشترك إلا لشرط أو عرف المكترى ﴿ إلا من ﴾ الأمر ﴿ الغالب ﴾ فلا يضمنه مالم يضمن .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثانى ﴾ أنه إذا عين المحمول فتلف الحامل أو تعيب ﴿ لزم ﴾ المكرى ﴿ إبدال حامله إن تلف ﴾ ذلك الحامل أو تعيب فلو لم يجد حاملاً قط لم يلزمه أن يحمله بنفسه إلا أن يعتاد حمل مثله بنفسه ، وكذا وكيل المالك يلزمه إبدال الحامل إذا كان مفوضاً أو مأذوناً أو جرى عرف بذلك . وشروط لزوم الإبدال التلف أو التعيب ، وأما الجواز فيجوز للمكرى إبدال الحامل وإن لم يثبت بما لا مضرة فيه على الاحمال ومن حق البدل أن يحمل المحمول على الصفة التى كان يحمله عليها الأول

﴿ بلا تفويت غرض ﴾ على صاحب الأحمال فلو أبدل بحامل يحمل دفعات والأول كان يحمله دفعة لم يلزم قبوله إذا كان فيه تفويت غرض .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أنه يلزم المكرى ﴿ السير معه ﴾ أى مع المحمول أو الاستنابة لأنه فى ضمانه كالأجير المشترك إلا لشرط أو عرف فلا يلزمه السير معه ولا الاستنابة .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الرابع ﴾ أنه ﴿ لا ﴾ يكون للمكترى أن ﴿ يحمل ﴾ الحامل ﴿ غيره ﴾ أى غير المحمول المعين فى الإجارة ولو كان دون المعين أو مثله قدراً وصفة فإن فعل ضمن ، والفرق بين هنا وبين ماتقدم أثناء فصل ٢٤٤ فى قوله : « ويجوز فعل الأقل ضرراً » أن هناك قد ملك المستأجر كل المنفعة فله أن يزرع أو يدخل الدار غير ماعين بخلاف هنا فالإجارة على حمل معين ليس له أن يحمل غيره وتبطل الإجارة بتلفه كما تقدم .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الخامس ﴾ أنه ﴿ إذا امتنع المكترى ﴾ أن يحمل ماعين فى العقد ﴿ ولا حاكم ﴾ يجبره على الحمل ﴿ فلا أجرة ﴾ يستحقها المكرى لأن الإجارة وقعت على عمل ولم يحصل والتمكين هنا لا يكفى كما يكفى فى الأعيان : أما لو امتنع المكترى من الحمل مع التخلية استحق المكرى عليه الأجرة .

﴿ فرع ﴾ إذا فر المؤجر فللحاكم أن يستأجر من ماله كقضاء دينه وأن يقرضه من بيت المال أو غيره ويرجع عليه فإن تعذر خُيِّر المستأجر بين الفسخ للعذر كلو أفلس المشترى والسلعة باقية وبين أن ينتظر الظفر به فيلزمه .

﴿ والعكس ﴾ من الأحكام الآنفة يثبت ﴿ إن عين الحامل وحده ﴾ أى دون المحمول نحو استأجرت منك هذه الجمال أحمل عليها كذا طعاما من صنعاء إلى الحديدة بأجرة قدرها كذا ونحو ذلك فليس للمكرى إبدال الجمال المعينة عند العقد بغيرها مع بقائها كما لايلزمه إبدالها لو تلفت لأن الإجارة معينة فيها : ويجب أن يكون الحامل فى ملك المؤجر وإلا فسدت ولا يجب تعيين المحمول بل إذا عين كان الحكم

لتعيينه كما مر ، وتجب أجرة الدليل على المكترى ولا يضمن المكرى الحمل إذا تلف، وللمكرى أن يحمل غير الذى ذكره إذا كان مثله قدراً وصفة أو دونه وإذا امتنع المكترى وخلى له الحامل تخلية صحيحة لزمته الأجرة المسماة وإن لم ينتفع بالحامل وهذا مع حضور المكترى لا لو فرّ فلا شىء عليه ولا يلزم المكرى السير مع الحامل ﴿ إلا لشرط ﴾ المستأجر على المؤجر بأن يسير مع الحامل ﴿ أو ﴾ جرى ﴿ عرف فى السوق ﴾ أنه على المكرى فإنه يجب عليه السير ﴿ فيتبعه ضمان الحمل ﴾ فيكون مع لزوم السير ضامناً للحمل ضمان الأجير المشترك إذا كانت اليد له ، وإذا كانت اليد لهما فلا شىء على الأجير لضعف يده .

﴿ فائدة ﴾ يجب على المكرى إذا لزم عليه السير مع الحامل وضع الحمل على الدابة وحطه عنها وتنزيل الراكب للطهارة وصلاة الفرض وللأكل ، ذكره فى الزهور . قال فى البحر والبيان : « والاناخة حيث يحتاج كالمريض للعرف . ويجب عليه السرج ونحوه والحبال ، وأما الفراش فعلى المكترى وعليه النزول فيما يعتاد الناس النزول فيه فى المحلات الصعبة وإن اختلفت العادة وجب تبيينه وإلا فسدت الإجارة ، وليس للراكب أن يلفّ رجليه فى السرج لأنه يتعب الدابة بل يرسلهما وإن كان فى محمل قعد فيه ولا يضطجع إلا أن يجرى فى ذلك شرط أو عرف » وقال فى روضة النووى : « وليس للمؤجر منع الراكب من النوم فى وقته وله منعه فى غير ذلك لأن النائم يثقل .

﴿ و ﴾ إذا حمل المستأجر على البهيمة غير الحمل الذى ذكره للمؤجر أو سلك بها غير الطريق الذى ذكره له فإنه ﴿ لا يضمن بالمخالفة ﴾ إذا كانت الإجارة متعينة فى الحامل ، وأما المحمول إذا تعين فلا يحمل عليه غيره ولو دونه كما مر ؛ وإنما لم يضمن هنا بالمخالفة إذا كانت ﴿ إلى مثل للحمل ﴾ الذى ذكر عند العقد ﴿ أو ﴾ مثل ﴿ المسافة قدراً ﴾ فى الوزن فى الحمل والذرع فى المسافة ﴿ أو صفةً ﴾ خشونةً

وصلابةً وجفواً فى الحمل وصعوبةً وسهولةً وجدباً وخصباً فى الطريق وخوفاً وأمناً مع التلف لا مع البقاء فلا فائدة ، فلو استأجر على أرطال معلومة من التمر لحمل بوزنها زبيبًا أو استأجر على حمل مائة رطل من الفضة لحمل بوزنها من النحاس أو الذهب أو الحديد ، أو استأجر على حمل مائة رطل من الحناء فحمل بوزنها من القطن أو التبن أو استأجر على حمل مائة رطل من الحنطة فحمل بوزنها من الشعير أو الذرة فإذا تلف الحامل فلا يضمن بالمخالفة لحصول المماثلة فى القدر والصفة .

وأما القدر فى المسافة فنحو أن يستأجر إلى بلد فيسير بالبهيمة إلى مثل مسافة ذلك البلد فى الذرع ، والمساواة فى الصفة أن تكون المسافة مثل المسافة فى السهولة والصعوبة والجدب والخصب ﴿ فإن زاد ﴾ فى القدر أو فى الصفة فى الحمل أو المسافة ﴿ مايؤثر ﴾ وهو ما تحس به البهيمة مع الحمل الذى يوقرها أو يضعف به سيرها فى المادة تحقيقاً أو تقديراً فالتحقيق نحو أن يستأجر البهيمة فيحمل عليها ثلاثة أقداح وهو الذى يوقرها فزاد عليها قدحًا فهى تحس به تحقيقاً أو يضعف به سيرها فى المادة والتقدير أن يستأجرها ليحمل عليها قدحًا واحداً وزاد عليها قدحًا فهى تحس به تقديراً لو كان الزائد على مايوقرها . والمؤثر فى المسافة هو : ما لمثله أجرة فإذا تلفت لذلك ﴿ ضمن ﴾ قيمة ﴿ الكل ﴾ من الحاصل وأجرتها سواء تلفت بسبب الزياده أم بغيرها ، ولو تعذر رده أو نزعه إذ قد صار متعديا فلا يعود أمينا ولو زال التعدى . وظاهر هذا أنه يعتبر المؤثر ولو فى المسافة ولم يجعلوه كالغاصب يضمن بأدنى نقل لأنه هنا مأذون فلا يظهر نقل العدوان إلا بما يؤثر فى المسافة وهو ما لمثله أجرة ، أما لو حمل المعتاد حمله زياده كالسقاء أو القربة أو المطرة والفرو ونحوها ، أو زاد فى المسافة ماليس لمثله أجرة فلا يضمن .

﴿ و ﴾ يلزم المكترى مع المخالفة المؤثرة ﴿أجرة﴾ تلك ﴿ الزيادة ﴾ وهى الأكثر من المسمى وأجرة المثل إذا كانت الزيادة فى صفة الحمل ، وإن كانت فى القدر لزمه

أجرتها إن كان لمثلها أجرة من الحمل أو المسافة سواء بقي الحامل أم تلف هذا إذا كان المحمل للدابة أو غيرها هو المكترى ﴿ فإن حملها المالك ﴾ أو غيره بأمره وساق جميع الطريق أو تلفت تحت العمل ﴿ فلا ضمان ﴾ على المستأجر ﴿ ولو ﴾ كان المالك ﴿ جاهلا ﴾ للزيادة ، وإذا حملها المالك لكنه لم يسق بل المستكرى أو ساقا معاً فالضمان على المستأجر ﴿ فإن شورك ﴾ المالك في وضع الحمل على الحامل ولو كان صغيراً ﴿ حاصّ ﴾ في الضمان ولا فرق بين أن يعلم أن الحامل لايقدر على حمل ذلك أم لا . فإن شاركهما غيرهما فعليه حصته من الضمان ويرجع على من طلبه لعذره . ﴿ وكذا ﴾ حكم الزيادة في ﴿ المدة ﴾ فتكون كالزيادة في الحمل ﴿ والمسافة ﴾ على ما تقدم .

﴿ و ﴾ إذا انتهى المستأجر وكذا المستعير والوديع إلى مفازة أو نحوها فخشي التلف على نفسه وعلى الحامل من بهيمة أو غيرها أو على نفسه إن وقف معها من لصوص أو سيل أو غيرهما جاز له الذهاب وتركها و ﴿ لا ﴾ يضمن ﴿ بالإهمال ﴾ إذا أهملها ﴿ لخشية تلفهما ﴾ معا . ﴿ والحاصل ﴾ أنه إن أودعها مع غيره فلا ضمان وتكون مدة الإيداع من الإجارة وإن سيبها وذهب وتلفت ضمنها إن أمكن إيداعها ولم يفعل وإلا فلا فإن كان وقوفه ينجيها ضمنها ولو خشى على نفسه أمكن الإيداع أم لا وأما لو خشى تلفها ولا يخشى تلف نفسه ولم يكن وقوفه ينجيها ولا تمكن من الإيداع فإذا أهملها على هذا الوجه فلا ضمان .

﴿ ومن اكترى ﴾ جملا أو غيره ﴿ من موضع ليحمل من آخر إليه ﴾ مثاله أن يكترى بعيراً من المدينة ليحمل عليه من مكة ﴿ ف ﴾ لما انتهى إلى مكة ﴿ امتنع ﴾ المكترى أن يحمل لعذر أم لغير عذر ﴿ أو فسخ ﴾ الإجارة أو لم يفسخ وكان ذلك ﴿ قبل الأوب ﴾ إلى المدينة ﴿ لزمت ﴾ مثل أجرة حامل ﴿ للذهاب ﴾ من المدينة إلى مكة في الإجارة الفاسدة والقسط في الصحيحة بشرطين : « أحدهما » أن لا يمتنع المؤجر من الحمل من مكة إلى المدينة في رجوعه فإن امتنع لم يلزم للذهاب كالمقدمات في

الإجارة الصحيحة . « الثانى » ﴿ أن ﴾ يكون المستأجر فى حال الذهاب قد ﴿ مكن فيه ﴾ من البعير ﴿ وخَلَّى له ﴾ ظهره حيث جرى العرف بتخليته فى الذهاب وإلا فلا يلزم تخليته ومع العرف لايضر إذا اشتركا فى الركوب للذهاب ﴿ وإلا ﴾ يمكنه أو حمل عليه ﴿ فلا ﴾ أجرة للذهاب ولا للإياب هذا إذا كانت الإجارة معينة فى الحامل كما مثلنا ، فأما لو تعينت فى المحمول فلا فائدة فى تخلية الحامل بل إن حمل البعض استحق بقدره وإلا فلا ، وأما أجرة الإياب إلى المدينة فإذا بقى البعير فى مكة قدر المسافة إلى المدينة لزمت المكترى الأجرة كلها .

﴿ مسئلة ﴾[1] من اكترى جملاً إلى بلد معين على أن يسير إليه خمسة أيام فسيّره سيراً عنيفًا فوق المعتاد حتى وصل لأربع كان متعديا فيضمن الجمل إن تلف ، وكذا لو تراخى فى السير المعتاد حتى وصل لستة أيام كان متعديا فى اليوم الزائد فيضمن كذلك مع أجرة الزائد ، وكذا يضمن إذا ضرب الدابة ضربا عنيفا غير معتاد أو كبحها بلجامها فوق المعتاد .

﴿ فرع ﴾ فإن كان الشارط هو المكترى أن يوصل الحمل لخمسة أيام فزاد عليها المكرى فإنه يكون مخالفا فيستحق الأقل من المسمى وأجرة المثل ، وكذا إذا شرط على البريد أن يعود لخمس فعاد لستّ أو نحو ذلك لأنه يصح الجمع بين العمل والمدة وذلك فى مسئلة البريد لا إذا شرط على الأجير أن يفرغ عمله لوقت معين فزاد عليه فإنها تفسد الإجارة لأنه لا يعلم أيهما يستحق الأجرة على العمل أو على مضى المدة وإن لم يعمل .

﴿ مسئلة ﴾ إذا تلفت الدابة المؤجرة أو الدار فى مدة الإجارة بحمل المعتاد واستعمال المعتاد فلا ضمان ولو كانت الإجارة غير صحيحة وإن استعمل غير المعتاد أو المعتاد فى غير محله كأن يوقد فى غير المطبخ فحرق البيت أو استعمل بالماء فى غير المحل المعتاد فخرب فإنه يضمن ماتلف بتعديه .

(١) تستفاد المسئلة وفرعها وما بعدهما من البيان اه .

﴿٢٤٧﴾ باب إجارة الآدميين

﴿ فصل ﴾

فى بيان الأجير الخاص وأحكامه وهو الذى يعمل لك فقط ، والمشترك هو الذى يعمل لك وللناس هذه عبارة أهل المذهب . وفى فقه الشافعية جعلوا هـذا الباب « باب الجعالة » بتثليث الجيم كما قاله ابن مالك وغيره. وهى لغة اسم لمـا يجعل للإنسان على فعل شيء ، وكذا الجعل والجعيلة . وشرعا : التزام عوض معلوم على عمل معين معلوم أو مجهول. والأصل فيها ـ قبل الإجماع ـ خبر اللديغ الذى رقاه الصحابى بالفاتحة على قطيع من الغنم كما فى الصحيحين . وعن على رضى الله عنه قال : « جعت يوماً مرة جوعاً شديداً فخرجت لطلب العمل فى عوالى المدينة فإذا أنا بامرأة قد جمعت مدراً فظننتها تريد بله فقاطعتها كل ذنوب على تمرة فمددت ستة عشر ذنوباً[1] حتى مجلت يداى ثم أتيتها فمدّت لى ست عشرة تمرة فأتيت النبى صلى الله عليـه وآله وسلم فأخبرته فأكل معى منها » رواه احمد وجوّد الحافظ ابن حجر إسناده وأخرجه ابن ماجه بسند صححه ابن السكن ، وأخرج البيهقى وابن ماجه من حديث ابن عباس بلفظ : « إن عليًّا عليه السلام أجّر نفسه من يهودى يسقى له كل دلو بتمرة » وعندهما أن عدد التمر سبعة عشر، وفى إسناده حنش رواية عن عكرمة وهو ضعيف . وفى هذا الحديث بيان ما كانت الصحابة عليه من الحاجة وشدة الفاقة والصبر على الجوع وبذل الأنفس وإتعابها فى تحصيل القوام من العيش للتعفف عن السؤال ، وتحمل المشاق فى مزاولة

(١) قوله «ذنوباً» هو الدلو مطلقا، أو التى فيها ماء، أو الممتلئة، أو التى هى غير ممتلئة ، أفاد معنى ذلك فى القاموس . وقوله « مجلت » بكسر الجيم أى غلظت وتنفطت وهو أن يكون بين الجلد واللحم ماء اهـ .

الأعمال، وأن تأجير النفس لايعد دناءة وإن كان المستأجر غير شريف أو كافراً والأجير من أشراف الناس وعظمائهم .

﴿ واعلم ﴾ أن الفرق بين الأجير الخاص والمشترك ﴿ إذا ذكرت المدة وحدها ﴾ ولم يعين العمل نحو أن يقول استأجرتك هذا اليوم أو يوماً أو السنة أو سنة ولا يذكر عملاً صح العقد ويكون ابتداء اليوم من حينه وتمامه من اليوم الثانى فإن كان العقد فى الليل صح لغده لأن الإجارة فى الأعمال تصح لوقت مستقبل كما تقدم بفصل ٢٤٥ فى قوله « إلا فى الأعمال » . لا لو قال استأجرتك يوماً من الأيام أو شهراً من الأشهر فسد العقد للجهالة ﴿ أو ﴾ يذكر العمل مع المدة لكن ذكرها ﴿ متقدمة على العمل ﴾ نحو أن يقول استأجرتك اليوم أو يوماً على أن تخيط لى فيه هذا الثوب أو ثوباً قميصاً أو غيره ﴿ فالأجير ﴾ فى هاتين الصورتين ﴿ خاص ﴾ تتبعه أحكام مخصوصة :

﴿ الأول ﴾ أن ﴿ له الأجرة بمضيها ﴾ فمتى مضت المدة مع تسليم نفسه استحق الأجرة وإن لم يعمل ﴿ إلا أن يمتنع ﴾ من العمل ﴿ أو يعمل ﴾ لنفسه أو ﴿ للغير ﴾ فى تلك المدة فإن عمل للغير أو لنفسه عملاً يمنعه من عمل المستأجر أو ينقصه من غير إذن المستأجر ولو كان حاضراً ولو لم يمنعه سقط من أجرته بقدر المدة التى عمل فيها للغير ويكون له على ذلك الغير أجرة المثل، وأما لو أذن كانت الأجرة للمستأجر إلا أن يأذن له لنفسه كانت له ﴿ و ﴾ إذا كان عمله للثانى ينقص من عمل الأول كانت ﴿ الأجرة له ﴾ دون المستأجر الأول فإن كان لاينقص استحق الأجرتين معاً .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثانى ﴾ أنه ﴿ لايضمن ﴾ وإن ضمن ﴿ إلا ﴾ فى صورتين : « إحداهما » أن يتلف ﴿ لتفريط ﴾ وقع منه أو جناية . « والثانية » قوله : ﴿ أو تأجير على الحفظ ﴾ فإنه يضمنه ضمان المشترك بعد التضمين لا لو شرط عليه الحفظ فلا يضمن .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثالث ﴾ أنه ﴿ يفسخ[١] معيبه ﴾ الذى ينقص به العمل ، وكذا يفسخ بخيار الرؤية إذا تعيب لمرض أو نحوه فإن كان يمكن العمل ولم يفسخ لزمته الأجرة كلها .وإن كان لايمكن العمل فلا أجرة، والإجارة باقية لاتنفسخ إلا بالفسخ .

﴿ فرع ﴾[٢] فإن مرض المستأجر وهو يحتاج إلى حضوره مع الأجير كان له الفسخ فإن لم يفسخ لزمته الأجرة إن تمكن من الفسخ إلا إذا كان قد شرط الفسخ أوسقوط الأجرة إن مرض سقطت فى وقت مرضه بمجرد الشرط ولايحتاج بعد إلى فسخ لأن الشرط أملك فإن شرط عند العقد فسخها لمرضه فسدت حيث لا يعتاد الحضور لأنه شرط فسخها لغير عذر .

﴿ و ﴾ إذا فسخ المعيب فـ ﴿ لا ﴾ يجب أن ﴿ يبدل ﴾ بدله بعد موته وإلا فله الاستنابة كما يأتى ﴿ وتصح ﴾ الإجارة ﴿ للخدمة ﴾ على الإطلاق وإن لم يبين للأجير العمل وذكر الخدمة هنا ليس من الجمع بين المدة والعمل بل لبيان جنس العمل لاعينه ﴿ و ﴾ إذا عقدت الإجارة على الخدمة وللأجير حرف كثيرة فإنه ﴿ يعمل المعتاد ﴾ له فيها . وإن اعتادها جميعاً ولا غالب واستوت مضرتها استعمله فى أيها شاء وإن اختلفت مضرتها ولا غالب فسدت الإجارة إلا أن يبين أيها وإن كان له حرفة واحدة استعمله فيهـا ، وإن كان لا حرفة له صحت الإجارة واستعمل فيما يستعمل مثله غير متعب ، ولا دنىّ فى حق الأجير ﴿ و ﴾ يتبع ﴿ العرف ﴾ أى عرف الأجير المستوى

---

(١) فما الحكم حيث فسخ بالرؤية أو العيب بعد استيفاء المنافع . يقال : « وهو المختار المذهب أن استيفاء المنافع من الأجير كقبض المبيع وتلفه .لأن المنافع تتلف عقيب تمامها فنى خيار الرؤية لا شىء للفاسخ كتلف المبيع فى يده وفى خيار العيب يرجع بالأرش كما فى المبيع إذا استهلكه قبل العلم بالعيب ، قال المحشى اهـ سماعاً عن العلامة محمد بن على الشوكانى .

(٢) يستفاد من البيان وحواشيه اهـ .

فى تقدير وقت العمل هل فى بعض النهار أم فى جميعه لا العرف المختلف فيجب تبيينه وإلا فسدت حيث لا غالب وإلا انصرف إليه .

﴿ فرع ﴾ ويستثنى للخاص ماجرت به العادة من الوضوء والصلاة وسننها والرواتب وليس للمستأجر أن يمنع الأجير من حضور صلاة الجمعة إذا كان عادته حضورها ولا من الصلاة فى أول أوقاتها ، ويستثنى له قضاء الحاجة والاستراحة المعتادة عند الحمل على الظهر أو نحوه ، وكذا السبت لليهودى ، والأحد للنصرانى ، والثلوث للمجوسى ولا ينقص عليه من الأجرة شيئا ﴿ لا ﴾ لو استأجره ﴿ بالكسوة والنفقة ﴾ فلا تصح ﴿ للجهالة ﴾ فيهما فلو قدر قيمتهما صح ذلك ﴿ والظئر ﴾ بالظاء المشالة مهموز مأخوذ من الظأر وهو العطف ، يقال ظأرت الناقة على ولد غيرها أى عطفت عليه . وأما فى الشرع فلا فرق بين ولدها وبين ولد غيرها فإذا استؤجرت المرأة للحضانة فلا بد من تعيين الصبى بالإشارة أو الوصف ولها رده بالرؤية ، ولا بد من بيان قدر المدة والأجرة لا المكان فلها نقله إلا لشرط حيث لا حقّ لها فى الحضانة وإلا فلا معنى للشرط إلا أن تقبل ، ومها كان كذلك مع ذكر العمل مقدما على المدة نحو استأجرتك على حضانة هذا الطفل هذا العام فهى إذا كان العقد مشتركا ﴿ كا ﴾ لأجير ا ﴿ لخاص ﴾ وإلا فخاص حقيقة ﴿ فلا تشرك فى العمل واللبن ﴾ أى ليس لها أن تؤجر نفسها من آخر إلا بإذن ولا تحضن غيره ولا ترضعه إلا بإذن وليس له أن يأذن الا لمصلحة كالا يعمل الخاص لغير مستأجره وإن كان العقد غير مشترك ، فإن كان تأجيرها للغير لا يضر بهذا الصبى فلها ذلك وإن كان يضر به فليس لها ذلك ، فإن فعلت استحقت على الآخر أجرة المثل وعلى الاول حصة ما مضى من المسمى وباقى المدة الاقل من أجرة مثلها أو حصة المسمى .

﴿ وإذا تعيبت ﴾ الرضعة لمرض أو حبل أو انقطاع لبن ﴿ فسخت ﴾ بذلك ولها أن تفسخ الإجارة لما يلحقها من الضرة : وكذا تفسح إذا سقمت الطفل لبن الساعة

لأنه جناية منها وهو عيب ولزمها قيمته للصبى إذا كان من ماله وإن كان من مالها لم تستحق شيئاً، ثم إن مرض من ذلك لزمتها حكومة له وإن مات بسبب ذلك ضمنت ديته . ﴿ إلا ﴾ أنها تخالف الأجير الخاص بحكم وهو ﴿ أنها تضمن ما ضمنت ﴾ كالمشترك إذا ضمن الغالب فتضمن الطفل وما عليه سواء كان حراً أم عبداً مالم يمت حتف أنفه فلا تضمن لأن الموت لم يقصد بالتضمين وقبل التضمين كالأجير الخاص لا تضمن الصبى ولا ما عليه إذا تلف إلا بتفريط منها أو جناية فتكون ديته على عاقلتها فى الخطأ .

﴿ فرع ﴾ : ولا بد فى صحة إجارة الظئر من إذن زوجها إذا لم تكن مستحقة للحضانة فإن أذن لم يكن له أن يطأها فى غير بيته إلا بإذن الولى وأما فى بيته فليس لهم منعه إلا فى حال إرضاع الصبى وحاجة الطفل إليها .

﴿٣٤٨﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان الأجير المشترك وذكر أحكامه ، وهو من يعمل لك ولغيرك كأهل الصناعات فلا يستحق الأجرة إلا بالعمل لا بتسليم نفسه وتصح أجرته بشروط خمسة:

﴿ الأول ﴾ أن تكون أجرته معلومة فى كل يوم بدون مقدار العمل أو يعين أجرة كل ذراع .

﴿ الثانى ﴾ أن يكون العمل كله معلوما كان يقول له على العمل كله مع بيان مقدار العمل طولاً وعرضاً وعمقاً وصفة ولا يضر جهل المدة وسواء تعلق بالعمل غرض أم لا .

﴿ الثالث ﴾ أن يمكن الأجير فعل ما استؤجر عليه لا لو كان متعذراً عليه كنقط الأعمى المصحف .

﴿ الرابع ﴾ أن يجوز له فعل ما استؤجر عليه، لا لو كان محظوراً ككنس المسجد للجنب .

﴿ الخامس ﴾ أن يكون المعمول فيه معيناً فلا يصح أن يكون فى الذمة نحو أن يستأجره على نسج غزل غير معين ونحو ذلك . وأما حقيقة الأجير المشترك فهو أن يذكر فى عقد الإجارة العمل فقط وهـذا يسمى خاص المشترك ﴿ فإن ﴾ ذكر العمل والمدة معه و﴿ قدم ﴾ ذكر ﴿ العمل ﴾ على المدة نحو أن يقول استأجرتك أن تسير إلى بلد كذا يومين ﴿ فمشترك ﴾ ولا يصح فى غير مسئلة البريد .

﴿ وتفسد ﴾ الإجارة ﴿ إن نكر ﴾[١] العمل وقدم على المدة نحو أن يقول استأجرتك على أن تخيط لى ثوباً هذا اليوم أو ترعى غنماً هـذا اليوم ﴿ مطلقاً ﴾ أى سواء كانت الإجارة فى الأربعة الآتيـة أم فى غيرها ﴿ أو عرّف ﴾ العمل وقدم على المدة إذا كانت غير صفة للعمل[٢] نحو استأجرتك على أن تخيط هذا الثوب هذا اليوم فإن الإجارة تفسد ﴿ إلا فى الأربعة ﴾ وهم السمسار أو المنادى وكلاهما بمعنى الدلال ، والحاضنة ، ووكيل الخصومة مع بيان قدر الخصومة وكم يخاصم فى اليوم فى مجلس أو مجلسين أو ثلاثة ولا عمل على العرف والراعى، فإنه إذا ذكر العمل مقدماً على المدة معرفاً صحت الإجارة وإن قدمت المدة على العمل كان خاصاً فى حقهم كغيره ، وقد ألحق بالأربعة من شاركهم فى العلة وهم أربعة : معلم الصنعة ، والحامى أى الحارس ، ومعلم الصغير القرآن ، والمهجى للكبير أو الصغير ، ووجهه إن العمل محدود فيهما فلا تفسد الإجارة بذكر العمل معيناً مقدماً على المدة فى حقهم كالأربعة ، وقد جمعت الثمانية فى بيتين وهما :

---

(١) المراد بالتنكير عدم التعيين، وبالتعريف التعيين سواء حصل بالقاعدة النحوية أم بغيرها.

(٢) وأما إذا كانت المدة صفة للعمل صحت الإجارة كما يأتى فى مسئلة البريد اهـ .

وكيل للخصومة ، ثم راع وحاضنة ، ودلال ، وحامى
معلم صنعة ، وكذا المهجّى وتعليم الصغير على نظام

ولا بد فى كل واحد من الثمانية أن تكون المدة معلومة وقدر النفعة كل يوم معلوما كما قلنا فى وكيل الخصومة .. فلا تصح الإجارة على تعليم الصغير القرآن حتى يحفظ بل لابد أن تكون المدة معلومة والدروس كل يوم معلومة ، وهذا هو المقصود بقولنا « على نظام » .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان: وما ولدته البقرة والغنم فهو غير داخل فى الإجارة فلا يضمنه الأجير بل يكون فى يده أمانة إلا أن يأخذ أجرة على حفظها أو رعيها أو كان العرف جاريا بدخولها ضمنها وتكون الإجارة فاسدة لجهالة الأولاد فيستحق أجرة المثل .

﴿ وتصح ﴾ الإجارة ﴿ إن أفرد العمل ﴾ بالذكر ﴿ معرفا ﴾ أى معينا ولم تذكر المدة، نحو أن يقول استأجرتك على أن تخيط لى هذا الثوب بدرهم فإن هـذا يصح ويكون مشتركا ﴿إلا فيها﴾ أى فى الأربعة التى تقدم ذكرها وما ألحق بها فإنه لايصح إفراد العمل عن المدة لأنهما مقصودان ﴿ فيذكران معا ﴾ وإلا لم يصح ﴿ وهو ﴾ أى الأجير المشترك ﴿ فيهما ﴾ أى فى الصحيحة والفاسدة ﴿ يضمن ﴾ بأوفر القيم من وقت القبض إلى التلف ﴿ ماقبضه ﴾ حيث تكون اليـد له لا المالك ولو فى بيت المستأجر وحانوته فاذا استؤجر الخياط ليخيط فى بيت المستأجر أو دكانه فما تلف من الثياب تحت يد الخياط أو بسببه فى تلك الحال ضمنه الخياط لأن اليد له لا للمالك إلا أن تكون العادة جارية أن الأجير المشترك لا يضمن إلا ما فرط فى حفظه أو جنى عليه فإنه لايضمن غير ذلك لأن العرف الجارى كالمشروط فى العقد فيصح على ماجرت به العادة. ومثل هـذا مايحمله وكلاء التجار من النقد إلى البنادر فلا يضمنون للتجار ماتلف من النقد إذا كانوا أجراء على الشراء فقط .

﴿ ولو ﴾ قبض تلك العين ﴿ جاهلا ﴾ لقبضها مع تقدم عقد الإجارة الصحيح ، نحو أن يسوق المستأجر إلى الراعى بعض بهائمه فيدخلها فى المواشى من غير علم الراعى فإنه يضمنها إذا ساقها ولو لم يعلم بها . والتخلية مع العلم بها كالقبض إذا كان العقد صحيحا فلو كان له موضع معتاد يجمع إليه البقر فساق المستأجر بقرته إلى ذلك الموضع ضمنها الراعى مع العلم بها ولو لم يقبضها أو يسقها لأن التخلية مع العلم كالقبض فى العقد الصحيح .

﴿ فرع ﴾ وأما من استؤجر على حفظ الحانوت المغلق أو حظيرة العنب ونحوه من خارج الجدار فالمختار أنه يضمن غير الغالب لجرى العرف بذلك ، ولا يشترط فى مثل هذا قبض المال وثبوت يده الحسية عليه وإنما يشترط ثبوت يده على الحانوت وقت حفظها وحراستها فإن وقع اختلاف فى وقوع التفريط فالقول قول من الظاهر معه كأن تصبح الحانوت وبها فرجة فى سطحها أو فى إحدى جدرانها أو بابها مقلوعا فإن وقع الاختلاف فى القدر المأخوذ منها فالقول قول صاحب الحانوت إذا ادعى مايعتاده والبينة عليه فى غير المعتاد .

﴿ إلا من ﴾ الأمر ﴿ الغالب ﴾ فإنه لا يضمن ماتلف به وحقيقة الامر الغالب هو مالا يمكن دفعه مع المعاينة ولا الاحتراز منه قبل حدوث أمارات قاضية بذلك كالسيل فى غير وقته والموت والحريق العام وزلزلة الأرض والسلطان الجائر واللصوص المتغلبين ، فأما حيث قد أمكنه الاحتراز من الظالم برفع المال إلى موضع آخر قبل وصول الظالم وبعد الظن أنه يصل فإنه يضمن لتفريطه فى الحفظ كما يضمن السرق والنسيان والإباق وفريسة الذئب فى حال الغفلة وما تعثر به المستأجر أو سقط من يده أو من فوق رأسه بغير اختياره أو الدابة تعثرت أو سقطت وصدمت حجراً أو ينطح بعضها بعضاً فإنه يضمن ما لم تجر العادة بعدم التحفظ منه فلا يضمنه . وحيث يمكنه حفظ البعض دون البعض فإنه يضمن قيمة الأقل مما يمكنه حفظه

لا الأكثر لأن الأصل براءة الذمة من الأكثر إذ لو فرض أن الذئب لم يهلك إلا الأدنى من الغنم لم يلزمه إلا ذلك ويقسّط ماغرمه الأجير بين أرباب الغنم أو الزرع لكل بقدر قيمة حقه ، وهكذا فى الراعى والحامى إذا كثرت عليه الذئاب أوالطيرأو الجراد فى حالة واحدة فإن لم يحضر ضمن أقل مايمكنه حفظه لو حضر ويقسط بينهم وإن حضر وحفظ واحداً كان للمالك ولا شيء للآخرين لأنه قد فعل ماقدر عليه وما عداه غير مقدور فلا ضمان عليه .

﴿ أو ﴾ وقع التلف ﴿ بسبب من ﴾ جهة ﴿ المالك ﴾ أو الوكيل أو الولى ﴿ كإناء مكسور ﴾ ونحوه وضع فيه سمنًا واستأجر من يحمله فإنه إذا تلف السمن بذلك السبب لم يضمنه الأجير مع جهله بذلك فإن علم بعد القبض لزمه إصلاحه ولو بأجرة ويرجع بها على المستأجر فإن لم يفعل مع علمه وتمكنه ضمن والقول قوله فى عدم العلم والبيّنة عليه فى أن الكسر من عند المستأجر .

﴿ أو شحن ﴾ المستأجر الظرف بالظروف شحنًا ﴿ فاحشا ﴾ ثم استأجر من يحمله على تلك الصفة فإن الحامل لايضمنه مع جهله بذلك إذا تلف بذلك السبب ولم يتمكن من إصلاحه وعليه البيّنة أن تلفه بذلك لأن الجناية وقعت من المستأجر .

﴿ فائدة ﴾ قال فى روضة النووى : « لو استأجره لبناء درجة فلما فرغ منها انهدمت فى الحال ، فهذا قد يكون لفساد الآلة وقد يكون لفساد العمل فالرجوع فيه إلى أهل المعرفة فإن قالوا هذه الآلة قابلة للعمل المحكم وإنما البنّاء القصر لزمه غرامة ما تلف .

﴿ و ﴾ الاجير المشترك ﴿ له الأجرة بـ ﴾ تسليم ﴿ العمل ﴾ الذى استؤجر عليه إلى المستأجر بقبض أو تخلية مع فعل ما استؤجر عليه فى مدتها أو تمام العمل ولو قبل المدة وما بطل من عمله قبل تسليمه سقط من الأجرة بحصته ، وأما فى الأجير الخاص فهو يستحق الأجرة كاملة بمضى المدة مع تخلية نفسه إن حضر المعمول أو

المحمول . ﴿ و ﴾ له وكذا للخاص ﴿ حبس العين ﴾ لا فوائدها ﴿ لها ﴾ أى الأجرة حتى يستوفى أجرته ولا يحتاج إلى حكم حاكم وما غرم الحابس عليها فله الرجوع على المستأجر إن نوى ، وكذلك كل عين تعلق بها حق كالمبيع فى البيع الصحيح والفاسد لو تفاسخا أو العيوب أو المزارعة الفاسدة فان له الحبس فى هذه الصور حتى يسلم ماهو له من ثمرة أو أجرة . ﴿ والضمان ﴾ مع الحبس ﴿ بحاله ﴾ على ما كان عليه يوم القبض ضمان أجير مشترك لا ضمان رهن أو غصب .

﴿ و ﴾ إذا تلف المصنوع فى يد الصانع والمحمول فى يد الحامل قبل التسليم إلى صاحبه فضمن قيمته فإن أجرته ﴿ لا تسقط ﴾ بضمان القيمة ﴿ إن ضمنه ﴾ أى ضمنه المالك إياه ﴿ مصنوعا أو محمولا ﴾ حيث تلف بعد صنعته أو صنعة بعضه أو حمله أو حمل بعضه[1] قبل الوصول أو بعده فإنه يضمنه مصنوعا أو محمولا ولو زادت القيمة فيهما على الأجرة المسماة كاستأجر على عمل سكاكين بدرهم وقيمة الحديد قبل الصنعة ثلاثة دراهم وبعدها ثمانية فيلزم أن يضمن خمسة دراهم فلو كان مثليا أو استوت قيمته فى موضعى القبض والتلف فإن كان تلفه بأمر غالب بحيث لا يجب الضمان فلا أجرة للحمل وإن كان تلفه بأمر غير غالب خيّر المستأجر من مالك أو غيره بين أخذ مثله أو قيمته فى موضع الحمل ولا أجرة وبين أخذ مثله أو قيمته فى موضع التلف ويجب عليه تسليم الأجرة وأما إذا تلف قبل صنعته أو حمله فإنه يضمن المثلى بمثله والقيمى بقيمته على صفتهما بلا أجرة ولا خيار .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ عليه ﴾ أى على الأجير ﴿ أرش يسير نقص ﴾ مضمونا ﴿ بصنعته ﴾ وهو ما زاد على المعتاد فى الصنعة حيث غيّره إلى غير غرض كأن يدفع الأديم فنغل أى فسد أو صنع الحديد فاحترق أو الخشب فتكسر فإنه ينظر فى النقص فإن كان التغير إلى غرض خيّر المالك بين أخذه بلا أرش والقيمة ، هذا حيث كان النقص يسيراً

(١) وأما ما قبل ذلك فإنه يضمنه على صفته ولا خيار للمستأجر اه .

نصف القيمة فما دون . ﴿ وفى ﴾ النقص ﴿ الكثير ﴾ وهو ما فوق النصف ﴿ يخير المالك بينه ﴾ مع الأرش ﴿ وبين القيمة ﴾ يوم قبضه ولا أجرة، أومصنوعا ويسلم الأجرة وإذا اختار المالك أحدهما لم يكن له الانتقال إلى الثانى لأنه كما لو أبرأ الأجير منه . قال فى البيان : « وهذا التخيير بما كان مضمونا كالرهن والمغصوب وما فى يد الأجير المشترك لا فيما كان غير مضمون وحصلت عليه جناية فلا خيار له بل يجب أرش الجناية فقط .

﴿ ولا أرش ﴾ لجناية حصلت با ﴿ لسراية عن ﴾ فعل ﴿ المعتاد من بصير ﴾ بذلك العلاج مأمور به بعد أن عرف العلة وكيفية علاجها واثقا من نفسه قد فعل مرتين وأصاب فإذا حصل من عمله مضرة فإنه لا يضمن بشروط ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن تكون الجناية عن سراية فلو كانت عن مباشرة وهو ما زاد على المعتاد نحو أن يقطع حشفة الصبي ضمن أرش باضعة ما لم يبرأ من الخطأ قبل العمل وهو بصير عمداً كان أو خطأ .

﴿ الثانى ﴾ أن يفعل المعتاد فلو فعل غير المعتاد ضمن .

﴿ الثالث ﴾ أن يكون بصيراً فلو كان متعاطيا ضمن جناية السراية ولو فعل المعتاد مأموراً به وبغير أمر يضمن لتعديه ولو لم يفعل إلا المعتاد .

﴿ مسئلة ﴾ يجب على كل ولى أن يأمر الطبيب النطاسى أن يقطع مثانة الصبي لإخراج الحصاة ويستحق الطبيب أجرة المثل برئ الصبي أم لا وقيمة الأدوية لأنها إجارة فاسدة « وتحقيق[1] المسئلة » أن يقال « إن كانت الأدوية من العليل فلا بد من كونها موجودة فى ملكه إن عينت معلومة القدر ويستأجر الطبيب على أن يداوى بها فى مدة معلومة على صفة معلومة فإن شفى فى أول المدة استحق الأجرة المسماة وبقيت الأدوية لمالكها وإن لم يشف حتى مضت المدة استحق المسمى . وإن كانت

(١) أول التحقيق لسيدنا عامر الذمارى رحمه الله اه .

الأدوية من الطبيب فلا بد من كونها موجودة فى ملكه معلومة القدر على أن يداوى بها مدة معلومة على صفة معلومة فإن شفى فى أول المدة استحق ثمن الأدوية والأجرة المسماة جميعا وباقى الأدوية للمشترى وكذا لو مضت المدة مع استعمال الأدوية استحق الثمن والأجرة المسماة وإن لم يحصل الشفاء » . فإن اختل شرط من ذلك أو شرط البرء فسدت الإجارة واستحق أجرة المثل . فإن شرط أنه إذا لم يَبرأ فلا شيء له من الأجرة لم يلزمه إذا لم يَبرأ إلا قيمة الأدوية إذا كانت منه .

﴿ والذاهب فى الحمام ﴾ يكون الضمان فيه ﴿ بحسب العرف ﴾ فيما يضمنه ويعتاد إدخاله فإن لم يجر عرف بالضمان ولا عدمه ضمن لأنه أجير مشترك ما لم يجر عرف بعدم تضمينه . وكذا ما ذهب فى الفندق وهو خان المسافرين المعروف بالسمسرة وكذا ما ذهب فى السفينة والسيارة والمسجد ومكتب المعلم إذا جرى عرف بتضمين ما ذهب .

« تمم » والحمّامى يضمن الطاسة والثياب وغيرهما مما دخل به إلى حمامه لا الدراهم والدنانير إلا ما يعتاد دخوله منهما فيضمنه . وإنما يضمن الحمامى بشرطين :

﴿ الأول ﴾ أن يضع الداخل الثياب بحضرته أى بمشهده أو بحضرة أعوانه ويكون الضمان عليهم إن كانوا أجراء وتكفى التخلية فى الثياب ونحوها للحمامى فيضمنها وإن لم ينقل لعادة المسلمين عليها سلفا عن خلف من دون تناكر وإن كان فيها أعيان معاوضة فإن لم يضع بحضرته ولا بحضرة أعوانه فلا ضمان إلا لعرف بالوضع فى غيبتهم .فإن علموا بالوضع ضمنوا وإلا فلا .

﴿ الثانى ﴾ أن يترك الثياب فى الموضع المعتاد .

﴿ فرع ﴾ وإذا اختلف الحمامى والداخل ففى غير الثوب المعتاد ونحوه القول فى العين لمنكر تعيينها والبينة على مدعى التعيين منهما فمن عين بعد التلف بين، كأن يدعى الداخل أن التالف صوف أو جوخ وادعى الحمامى أنه قطن . فإن اختلفا فى قيمة

التالف فالقول للحامى فى قدره لأن الأصل براءة الذمة مما زاد إلا أن يدعى شيئاً لا يعتاد المدعى لبسه فالبينة عليه .

﴿٢٤٩﴾ ﴿فصل﴾

﴿ وللأجير ﴾ سواء كان خاصاً أو مشتركاً ﴿ الاستنابة ﴾ لغيره ليعمل عمله لعذر أم لغير عذر ﴿ فيما لا يختلف بالأشخاص ﴾ يعنى أن فعل النائب كفعل الأجير لاينقص عنه والذى يختلف هو ما لا يطلع عليه غيره بعد فعله كالقراءة والحج وطوافاته والحضانة ونحو ذلك مما لايظهر لها أثر بعد فعلها ، لأن من قرأ القرآن فإنه لايدرى هل قرأ أم لا ، فلا يجوز له الاستنابة فى ذلك ، وكذا لو كان عمل النائب دون عمل الأجير فلا يجوز له الاستنابة أيضاً إلا أن يشرط لنفسه ذلك أو يجرى العرف به أو لعذر كالحج فإنه يجوز له وإن اختلف ﴿ إلا لشرط ﴾ من أحدهما على الآخر أنه لايستنيب فيما لا يختلف بالأشخاص فالشرط أملك ﴿ أو عرف ﴾ بذلك لدى الأجير إن كان ، أو الجهة فإنه لايجوز له الاستنابة .

﴿ و ﴾ الأجير الأول والثانى ﴿ يضمنان معاً ﴾ مع جواز الاستنابة ضمان المشترك ومع عدمه ضمان غصب . قال فى الكواكب : « يعنى حيث تلف بغير غالب فيكون مضموناً على الثانى للأول وعلى الأول للمالك ولكل واحد ما شرط له من الأجرة ، ولو كانت أجرة الثانى أقل من أجرة الأول ، لأن الأول يستحق زائد أجرته فى مقابل ضمانه » .

﴿وحاصل الكلام فى المسئلة﴾ أن المالك لايخلو إما أن يأذن للأجير بالاستنابة أو يمنعه أو يطلق : فإن أذن له فلا تعدى ولو عمل أدنى وكان ضمانهما ضمان المشترك حيث عقد للثانى مشتركاً، فإن عقد للثانى خاصاً فلا يضمن، وكذا لو لم يضمن الثالث والأول مضمن ، فإن كان الأول خاصا والثانى مشتركا ضمن للمالك إذ هو كالوكيل

وإن منع المالك كان الأجير متعديا ولو عمل أعلى ؛ ولا أجرة لهما ويضمنان ضمان غصب إلا أن يكون الثانى جاهلا لزمت له أجرة مثله على الأول ، وأما إذا علم أنه للغير لكن اعتقد أنه يجوز فلا تأثير له بل يضمن ، وللمالك طلب أيهما شاء وقرار الضمان على الثانى إن جنى أو علم بأنه للغير وإن لم فعلى الأول لأنه غرر على الثانى ولو تلف بغير غالب . وإن أطلق فإن كان عمل الثانى دون الأول كان متعديا وحيث يكون متعديا بالدفع إلى الغير فلا يستحق الأول الأجرة على المالك ولا الثانى على الأول حيث علم به . وإن كان مساويا فالمختار أن الأول ليس بمتعد سواء كان له عرف بالدفع إلى الغير أم لا ، وسواء كانت اليد له أم لا لأن المقصود العمل وقد حصل .

﴿ و ﴾ من أجّر عبده أو صبيه فعتق العبد وبلغ الصبى فالإجارة صحيحة ، ويجوز له ﴿ الفسخ ﴾ للإجارة الواقعة عليه ﴿ إن عتق ﴾ العبد ﴿ أو بلغ ﴾ الصبى ومدة الإجارة باقية ويكون الفسخ على التراخى ولو كان مستأجرا للحج ويلزم العبد إتمامه ولا يسقط عنه حجة الإسلام وليس له الفسخ إذا كان هو المؤجر لنفسه فأعتقه السيد قبل الإجارة وتكون الأجرة إلى يوم العتق للسيد ثم من بعد العتق للعبد لا إذا أجاز سيده الإجارة قبل عتقه أو عقد عليه سيده فله الفسخ بعد العتق . أما الصبى لو أجر نفسه سواء كان بإذن وليه أم لا فله الفسخ متى بلغ ، ولا يقاس على العبد لأنه ليس من أهل التكليف ﴿ و ﴾ للصبى الفسخ إذا بلغ ﴿ ولو لعقد الأب فى رقبته ﴾ كما تقدم ويكون فسخ العبد والابن على التراخى مالم يمض عالما بالخيار . ﴿ لا ﴾ لو أجر الأب وكذا سائر الأولياء ﴿ ملكه ﴾ أى ملك الصبى لمصلحة فليس له الفسخ إذا بلغ .

﴿ وإذا شرط على الشريك ﴾ فى البقرة وغيرها ﴿ الحفظ ﴾ أو العلف أو جرى عرف بهما أو استأجره على الحفظ ﴿ ضمن كالمشترك ﴾ ماتلف بعد التضمين ، وكذا لو تناوباها للبن والعلف على كل واحد فى نوبته فيضمن أيضا كل واحد فى نوبته

لا إن تناوباها للدر وهي تعلف من مباح أو منهما فلا ضمان إلا لشرط أو عرف فيضمن ماتلف في نوبته، وأما الفرس إذا دفعها للغير ليعلفها بركوبها فلا يضمن لأنه يكون مستأجراً للركوب وكذا لو دفع البقرة للغير ليعلفها بلبنها فلا يضمن .

﴿مسئلة﴾ : من سلم دابته إلى آخر ليحطب عليها ويكون الحطب بينهما نصفين أو أزيد أو أنقص فتلفت الدابة بينهما ، فإن كان الاحتطاب من مباح فلا ضمان على المحتطب مطلقا سواء استؤجر على الاحتطاب أو استأجر هو الدابة ليحتطب عليها ، وإن كان الاحتطاب من ملك صاحب الدابة ، فإن استأجر المحتطب الدابة ليعمل عليها فلا يضمنها إذا تلفت لأنه مستأجر إلا إذا جنى أو فرط أو ضُمّن ضَمِن ، وإن استأجره صاحب الدابة ليعمل له فهو أجير مشترك يضمن غير الغالب وما احتطب المستأجر من المباح يكون له وعليه أجرة مثل الدابة لصاحبها لأن الإجارة فاسدة لجهالة الأجرة وفي حق الأجير يستحق أجرة المثل ويكون الحطب لصاحب الدابة ، وكذا نقول حكم السيارات ونحوها .

﴿٢٥٠﴾ ﴿فصل﴾

في أحكام الاجرة في الإجارة الصحيحة والفاسدة : ﴿والأجرة﴾ وفوائدها ﴿في﴾ الإجارة ﴿الصحيحة تملك بالعقد فتتبعها أحكام الملك﴾ في صحة الإبراء منها إذا كانت ديناً لا عيناً ، وصحة الرهن والتضمين بها على جهة اللزوم وإلا فهي تصح بما سيثبت في الذمة ، ووجوب الزكاة ولا يتضيق الإخراج إلا بعد القبض . ﴿و﴾ إنما ﴿تستقر﴾ ملك الأجرة ﴿بمضى المدة﴾ المقدرة في الأجير الخاص حال كونه ممكنا نفسه من أن يعمل للمستأجر ما تستأجره له أو باستيفاء المنافع في غيره أو بمضي مدتها مع التمكن منها وذلك في الأعيان كالدور ونحوها ، وكذا المنادي ﴿وتستحق﴾ قبض الأجرة ﴿بالتعجيل﴾ قبل إيفاء العمل فتى عجلت استحق قبضها وليس لدافعها

استرجاعها كما لم يقع فسخ ، ويستحق الأجير مطالبتها بأحد أمور :

﴿ منهـا ﴾ قوله ﴿ أو شرطه ﴾ أى إذا شرط فى العقد أو بعده وقبل المستأجر تعجيل الأجرة لزم ذلك الشرط وكان له المطالبة بتعجيلها ﴿ وتسليم العمل ﴾ أى تمام العمل فى الأعمال لأن له حبس العين لها .

﴿ فرع ﴾ إذا عمل المهندس رسما أو مقايسة فإن باشر إدارة العمارة بأمر صاحبها وكان قد سمى له أجرة على ذلك فله الأجرة المسماة وإذا لم يعين صاحب العمـل أجرة للمهندس على عمله فله أجرة المثـل مقدرا على حسب العرف والزمن الذى استغرقه فى العمل ﴿ أو استيفاء المنافع ﴾ فى الأعيان فله المطالبة بعد ذلك ﴿ أو التمكين منها ﴾ مع مضى المدة أو نحوها كمضى قدر يصل فيه إلى الموضع الذى استأجر البهيمة إليـه ﴿ بلا مانع ﴾ يمنعه منهـا استحق المالك مطالبة الأجرة وكلما مضى من المدة أو حصل من العمل ما له قسط من الأجرة إذا كان العمل يتجزأ استقر قسطه ويستحق طلبه إن لم يبطل عمله تحت يده .

﴿ والحاكم فيهمـا ﴾ أى فى الإجارة الصحيحة ﴿ يجبر الممتنع ﴾ عن إيفاء الغير ما يستحقه لا على استيفاء حقه فلا يجبر بل يكفى التخلية بلا مانع ممن عليه الحق إلا على قبض الأجرة لتبرأ ذمة من هى عليه فيجبر على استيفاء حقه ﴿ وتصح ﴾ أجرة الحامل ﴿ ببعض ﴾ ذلك ﴿ المحمول ونحوه بعد ﴾ ذكر ﴿ الحمل ﴾ يعنى لو استأجر على حمل طعام بنصفه أو ثلثه أو يرعى غنما بنصفها أو ثلثها صح ذلك نص عليـه الهادى عليه السلام فى المنتخب، ولا يجب عليه إلا حمل النصف أو الثلثين وتلزم المقاسمة لشرط تعجيل الأجرة .

﴿ فرع ﴾ وما تولد من الغنم أو البقر فهو غير داخل فى الإجارة ولا بد من عقد إجارة فيها ويستحق مع عدم العقد فيها أجرة المثل فإذا كان العرف جاريا أنها تدخل دخلت وضمن وتكون الإجارة فاسدة .

﴿ قيل لا المعمول بعد العمل ﴾ فلا يصح عند الفقيه حسن كأن يستأجر من ينسج له غزلاً بنصف المنسوج أو يعمل عشرين سكينا بنصفها بعد العمل والمختار أن الشرط هذا يلغو وتصح الإجارة لأن الأجرة معلومة موجودة ولا يجب عليه إلا عمل نصف الغزل ونصف السكاكين ولا فرق بين المصنوع والمحمول .

﴿ و ﴾ يثبت ﴿ في ﴾ الإجارة ﴿ الفاسدة ﴾ وهي ما اختل فيها شرط غير ركن والباطلة هي ما اختل فيها أحد الأركان الأربعة المذكورة في البيع بأول فصل (٢١٩) إلا أن يؤجر المكلف نفسه من صبي أو مجنون فلا أجرة، فيثبت في الإجارة الفاسدة والباطلة أحكام ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن الحاكم ﴿ لا يجبر ﴾ الممتنع فيها لأن العقد غير لازم لأجل الفساد إلا أن يحكم بصحتها .

﴿ و ﴾ ﴿ الثاني ﴾ أن الأجرة فيها ﴿ لا تستحق ﴾ بما تقدم في الصحيحة .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أن الذي يستحق فيها ﴿ هي أجرة المثل ﴾ لا المسمى فلا يستحق لكن إن كان الفساد أصلياً فأجرة المثل من أول العمل وإن كان طارئاً لزم لما مضى حصته من المسمى ولما بعد الفساد الأقل من حصته من المسمى وأجرة المثل . قال العلامة يحيي حميد : « وقد وقع التتبع التام في تقرير الفساد الطارئ فلم يثبت إلا في المضاربة » كأن يضاربه أن يتجر في جنس فاتّجر في جنس آخر فأجازه المضارب له فإن المضاربة تفسد من حين مخالفة الجنس المبيّن كما يأتي في المضاربة ﴿ إلا باستيفاء المنافع في الأعيان ﴾ لا بالتخلية . ومعنى الاستيفاء هو ما أوجب الملك في البيع الفاسد أوجب الأجرة هنا وهو قبض المنقول وتخلية غيره وإن لم يستعمل ﴿ وتسليم العمل ﴾ أي تمامه ﴿ في المشترك ﴾ والخاص فمتى تم العمل استحق الأجرة وله الحبس حتى يستوفي أجرته إن كانت الأجرة حالة فإن تلفت عنده فلا ضمان عليه

ولا أجرة له ، وإن كانت مؤجلة فليس له حبسها فإن حبسها فتلفت فعليه قيمتها .

﴿ مسئلة ﴾ من استأجر غيره على حمل طعام إلى بلد معيّن فحمله إليه وتمكن من تسليمه المستأجر أو من يده يده بقبض أو تخلية فى موضع يبرأ بإيصاله إليه لتكون المنافع مقبوضة ثم رده إلى موضع العقد صار غاصباً ووجب عليه رده إلى موضع الغصب وتسليمه ليستحق أجرة حمله وإن لم يحصل ذلك فلا يكون غاصباً برده إلى موضع العقد ولا يستحق أجرة لأنه أبطل عمله قبل التسليم .

﴿ مسئلة ﴾ أما تأجير البقر وغيرها من الأنعام وهى الإجارة المسماة فى بعض الجهات « بالمرابعة » وفى أخرى « بالشاطرة » فكلها جارية على وجه الفساد واللازم مع الشجار فى ذلك أن تكون جميع البقرة والفوائد كلها للمالك ويرجع المرابع على المالك بمثل أجرة الحفظ والعمل والرعى ومثل اللح وقيمة العلف إذا لم ترتع من مباح. وأما المرابعة الصحيحة فمثالها أن يقول مالك البقرة للأجير ملكتك ربع هذه البقرة بإقامة ثلاثة أرباعها فى أربع سنين مثلاً وجعلت لك فى هـذه المدة ريالين قيمة العلف وريالين أجرة الحفظ والعمل وريالاً قيمة اللح الجميع خمسة ريالات قيمة ربع البقرة أو نحو ذلك فيقبل الأجير ويقول المالك ونذرت عليك بربع أولادها وربع درها حتى يكون لك نصف ولى نصف وما تولد منها غير داخل فى هـذه الإجارة . فهذه صورة المرابعة أو المشاطرة الصحيحة، فإن لم يحترز من الأولاد وكان العرف جارياً بأن ماولد دخل فى الحفظ والرعى فسدت الإجارة لذلك .

﴿٢٥١﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان ما يتوهم أنه مسقط للأجرة وليس بمسقط ، وبيان ماتسقط به الأجرة :
أما الأول فقد بيّنه الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ ولا تسقط ﴾ الأجرة ﴿ بجحد ﴾ الأجير المشترك أو الخاص « نحو » ﴿ المعمول فيه ﴾ كالقصّار إذا جحد الثوب

المعمول فيه المحمى والرعى والمحمول فإنهما لا تسقط بالجحود ﴿ فى ﴾ الإجارة ﴿ الصحيحة مطلقا ﴾ أى سواء كان الجحود قبل العمل أم بعده فإن الأجرة ثابتة لاتنقص. قال فى شرح الفتح : « ووجهه ان الأجرة فى الصحيحة مستندة إلى العقد وهو لايبطل بالجحود » .

﴿ و ﴾ لاتسقط الأجرة بجحد الأجير أيضاً ﴿ فى ﴾ الإجارة ﴿ الفاسدة ﴾ فساداً مجمعاً عليه أو بحكم ﴿ إن عمل قبله ﴾ أى قبل الجحود ، وأما إذا عمل بعد الجحود فتسقط الأجرة لأن العمل والأجرة فى الفاسدة مستندان إلى الإذن وهو يرتفع بالجحود بشرط أن يكون فى وجه المستأجر أو وكيله أو علمه بكتاب أو رسول كما تبطل به الوكالة : فلو اختلفا هل فعل ذلك قبل الجحود أم بعده فالبينة على الأجير أنه عمل قبل الجحود فإن التبس فالأصل عدم العمل وبراءة الذمة من الأجرة ما لم يكن الظاهر مع المستأجر بأن لاتمضى من المدة بعد الجحود مايمكن عمله فيها .

﴿ وتسقط ﴾ أجرة الأجير الخاص والمشترك فى الاجارة ﴿ الصحيحة بترك المقصود ﴾ من العمل ﴿ وإن ﴾ كان قد ﴿ فعل المقدمات ﴾ كمن استؤجر على زرع أرض فحرثها وأصلحها للزرع ولم يزرع وكمن استؤجر على خياطة الثوب قميصاً فقطعه ولم يخطه أو على عمل سكاكين فخلص الحديد وعمل مالا يسمى سكاكين وكمن استؤجر على الحج فأنشأ وسار إلى مكة ولم يحرم فإنه فى هذه المسائل لايستحق شيئاً من الأجرة على عمل المقدمات وسواء ترك بقية العمل لعذر أم لا ما لم يكن المانع له من الإتمام هو المستأجر فإذا منعه من الاتمام لغير عذر استحق بقدر ما عمل وإن كان لعذر فلا أجرة مالم يتراضيا على الفسخ . وأما إذا كانت الاجارة فاسدة أو أدخل المقدمات فى العقد أو كان ثمة شرط أو عرف فإنه يستحق بقسط ما عمل من المقدمات .

﴿ فرع ﴾ وإذا امتنع الأجير فى الاجارة الفاسدة من إتمام العمل فإنه لا يجبر

على إتمامه ويستحق من الأجرة المسماة بقسط ماعمل إن كان العمل مجزءاً أو أجرة مثل ماعمل فى غيره .

﴿ و ﴾ يسقط من الأجرة ﴿ بعضها بترك البعض ﴾ من المقصود فمتى تُرك بعضه استحق بقسط مافعل من الأجرة فلو شلّ القميص أى خاطه خياطة خفيفة ولم يكفّه استحق بقدر ماعمل منسوباً من المثل . ﴿ ومن خالف فى صفة للعمل بلا استهلاك ﴾ نحو أن يستأجر رجلاً ينسج له عشر أواق غزلا عشرة أذرع فنسجها اثنى عشر ذراعا أو أمره أن يجعله اثنى عشر ذراعا فجعله عشرة أو نحو ذلك فله الأقل من المسمى وأجرة المثل ولا تخيير المالك . وأما إذا كانت المخالفة مع استهلاك نحو أن يزيد أوقيتين غزلاً على العشر الأولى من ملك صاحب الغزل فقد استهلك الأوقيتين فيملكهما بالاستهلاك ويلزم مثلهما غزلاً أوقيمتهما إن عدم المثل فى البريد ولا يستحق للذراعين من الأجرة شيئا والعشر الأواق إن لم يكن فيها مخالفة لزم له عليها الأقل من المسمى وأجرة المثل . قال القاضى حسين بن محمد المنسى : « والأجير متعد بنسج الذراعين الآخرين فيكون الخيار للمالك بين قطع الذراعين ويأخذ أرش الضرر أو يدفع قيمة الذراعين للأجير منفردين لا متصلين ، هذا إذا كان القطع يضر المقطوع والمقطوع منه أو المقطوع منه وحده ، وأما إذا كان يضر المقطوع وحده فلا عبرة به فيقطعه مالك الثوب ولا يستحق الأجير أرشاً لأنه متعدٍ بنسجه واستهلاكه كما ذكروا مثل ذلك فى الغصب إذا ركب حلية على المغصوب » وتكون هاتان الأوقيتان اللتان ملكهما النسّاج من الطرف الذى وقع التمام به فإن التبست بالطرف الثانى ولم يعلم أيهما وقع التمام به فبالالتباس يملك النسّاج من كل من الطرفين قدر المستهلك فإذا كان المستهلك ذراعين ملك من الطرفين أربعة أذرع للالتباس ويلزمه للذراعين مثلهما وللذراعين قيمتهما لأنه ملكهما بالالتباس .

﴿ أو ﴾ خالف الأجير ﴿ فى المدة لتهوين أو عكسه ﴾ مثاله أن يستأجره على حمل

كتاب أو غيره إلى بلد كذا فى ثلاثة أيام فسار أربعًا أو خمسًا أو ستًّا، أو عكسه كأن يستأجر بعيراً ليسير به إلى موضع كذا فى خمسة أيام فحثّ السير حتى وصل لثلاث فإنه قد خالف فى الصورتين فى صفة العمل ﴿ فله الأقل ﴾ من المسمى وأجرة المثل حيث كان ﴿ أجيراً ﴾ على حمل كتاب أو غيره ﴿ و ﴾ يجب ﴿ عليه الأكثر ﴾ من المسمى وأجرة المثل حيث كان ﴿ مستأجراً ﴾ للدابة إلى محل فى مدة معينة فحثّ السير حتى وصل فى أقل من المدة وتضمن الرقبة إذا تلفت فى هذه الصورة .

﴿ فرع ﴾ ومن استؤجر على حمل كتاب إلى رجل معين فإنه يستحق الأجرة إذا أوصله إليه أو إلى من يده يده كوكيله أو ولده أو زوجته أو خادمه أو من جرت العادة بالتسليم إليه ولو لم يوصله إليه أو أعطاه الغير وأمره بإيصاله إليه فأوصله، فإن لم يوصله الغير أو وجد المكتوب إليه ميتًا أو غائبًا فأعطاه الحاكم أو رده فلا أجرة لأنه لم يأت بالمقصود ولا بعضه : أما لو استأجره على إيصال الكتاب ورد الجواب استحق أجرة المثل لأن الاجارة فاسدة سواء كانا مقصودين أو أحدهما ، وكذا لو استؤجر على رد الجواب فقط فقد استحق أجرة المثل لأن الجواب غير مقدور .

﴿٢٥٢﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان ماتنفسخ به الاجارة وما لا تنفسخ به ﴿ ولكل منهما ﴾ قبل القبض أو بعده ﴿ فسخ ﴾ الاجارة ﴿ الفاسدة المجمع على فسادها بلا حاكم ﴾ يحكم بالفسخ ولا تراض . وأما إذا كان الفساد مختلفًا فيه كأن يختل شرط من شروط الاجارة غير ماذكر فى المجمع عليه فلا بد فى فسخها من التراضى أو حكم الحاكم ليقطع الخلاف .

﴿ و ﴾ يثبت الفسخ فى الاجارة ﴿ الصحيحة بأ ﴾ حد ﴿ أربعة ﴾ أمور . والخامس بالتراضى والتقايل .

﴿ الأول والثانى ﴾ أنها تفسخ با ﴿ لرؤية ﴾ فى الأعيان لا فى الأعمال فلا يرد المعمول فيه بخيار الرؤية بعد تمام العمل لأن تمام العمل كتلف البيع ﴿ والعيب ﴾ وفقد الصفة والخيانة فى المرابحة والتولية ويعتبر فى العيب الذى يفسخ به أن ينقص من أجرة المثل ولو بالنظر إلى غرض المستأجر كما فى البيع ، وسواء حدث العيب قبل الاجارة أم بعدها ولو بفعله فيضمن ويفسخ .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ بطلان المنفعة ﴾ بعد القبض فتسقط الأجرة بنفس البطلان وذلك كانقطاع ماء الرجا وماء الأرض وغلبة الماء عليها ومرض الأجير الخاص أو المشترك ولو أمكنه الاستنابة وعجز الدابة عن السير وخراب الدار وغصبها إذا لم يمكن المستأجر منع الغاصب لها أو إرجاعها بلا عوض . أما لو أمكنه منع الغاصب أو إرجاعها ولم يفعل لزمته الأجرة المسماة للمالك ورجع المستأجر على الغاصب بأجرة المثل ولو زاد على المسمى ويطيب الزائد له .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الرابع ﴾ ﴿ العذر الزائل معه الغرض بعقدها ﴾ من المستأجر أو العين المستأجرة نحو أن يستأجر من يقلع له سناً أو يقطع عضواً حصلت به علة ثم شفى فانها تبطل الاجارة وكذا لو أفلس المستأجر قبل تسليم الأجرة أو كان يعطله ولو علم بذلك عند العقد لأنه يستحق الأجرة حالا فحالا . وكذا لو استأجر دابة أو خادماً للسفر ثم عرض له عذر عن السفر لخوف يغلب الظن معه العطب أو الضرر ، وكذا لو استأجر داراً وعرض له مانع عن الإقامة أو منعه عن التجارة أو الحرفة التى استأجر لها إفلاس أو أضرب عن عمارة العرصة التى استأجرها للبناء فيها . أو أضرب عن الزرع وقد استأجر الأرض له وسواء كان الإضراب لعذر أم لغير عذر . فهذه الأعذار كلها يزول معها الغرض بعقد الإجارة ، ولا بد فى الفسخ بها من التراضى أو حكم الحاكم .

﴿ فرع ﴾ قال الفقيه حسن: إنما يكون تغير العزم عذرا فى حق المستأجر لا فى

حق المؤجر لأنه قد ملك منافع العين قال : كنت أقوله نظرا فوجدته نصاً فى الزوائد . قال الفقيه يوسف وإنما يكون عذرا حيث تغير عزمه بالكلية عن فعل ذلك الشىء. فأما لو لم يتغير عزمه بل أراد أن يستأجر رجلا آخر فليس بعذر .

﴿ ومنه ﴾ أى ومن العذر ﴿ مرض من لا يقوم به إلا الأجير ﴾ فلو أجّر نفسه ثم مرض من لا يجد من يقوم فى مرضه إلا هو وكذا إذا احتاج إلى حفظ بيته لمرض زوجته أو يريد التحلل منها أو يلحقه عار إن لم يحضر موتها فان هذه تكون أعذارا للأجير فى فسخ الإجارة ولو رضى المستأجر ببقاء العقد والعود للعمل بعد مضى العذر وكذا لو عرض ذلك للمستأجر وهو يعتاد الحضور أو يحصل تسهيل من الأجير فى العمل أو يقل نصحه إن لم يحضر فللمستأجر الفسخ .

﴿ و ﴾ من العذر ﴿ الحاجة ﴾ الماسة ﴿ إلى ثمنه ﴾ أو بعضه حيث لم يتمكن من بيع البعض إلا بالكل فلو أجر أرضاً له أو داراً ثم احتاج إلى ثمنها لضرورة نحو دين يرتكبه ولا مال له غير ما يستثنى للمفلس سواها أو بعجزه عن نفقة نفسه أو أهله ولو أمكنه التكسب كان عذرا له فى بيعها وتنفسخ بالبيع .

﴿ و ﴾ منه ﴿ نكاح من يمنعها الزوج ﴾ كلو استأجرت امرأة حرة أرضا تزرعها أو أجرت نفسها أن ترعى غنما فلم يأذن لها زوجها بالخروج كان عذرا فى فسخ الإجارة ولو لم يمنعها بل عدم الإذن كاف سواء كانت الإجارة من قبل الزواج أم من بعده إذا لم يمكنها الاستنابة أو أمكنها ولكن عادتها الحضور . وكذا يجوز الفسخ لكل واجب من رد وديعة أو جهاد لا الحج لأن وقته العمر ويجوز تأخيره للعذر .

﴿ فرع ﴾ والفسخ بالأعذار جائز عندنا ولا بد أن يكون فى وجه العاقد أو علمه بكتاب أو رسول .

﴿ ولا تفسخ ﴾ الإجارة ﴿ بموت أيهما ﴾ أى لا بموت المستأجر ولا المؤجر ولا بموتهما معاً بل تتم الإجارة لورثة من مات منهما أو ارتد ولحق ، وهذا مذهبنا

إلا أن يكون أجيرا خاصاً فانها تبطل بموت الأجير الخاص ولا يجب على الورثة فى إجارة الأعمال أن يعملوا ولهم ذلك فى الصحيحة مطلقا والفاسدة حيث قد عمل الميت عملا لمثله أجرة . وقوله : ﴿ غالباً ﴾ احتراز من صورة وهو أن يؤجر المصرف وقفاً يرجع بعد موته إلى من بعده بالوقف فانه يبطل تأجير الأول بموته . وأما إذا كان المؤجر المتولى للوقف فلا تفسخ الإجارة بموته .

﴿ ولا ﴾ تنفسخ الإجارة الصحيحة ﴿ بحاجة المالك إلى العين ﴾ المؤجرة فلو أجّر داره أو فرسه ثم احتاج ليسكنها أو يركبها لم تنفسخ الإجارة بذلك ﴿ ولا بجهل قدر مسافة جهة وكتاب ذكر لقبها للبريد والناسخ ﴾ فلو استأجر رجل رجلا إلى موضع أو لنسخ كتاب مشهورين بتسميته والأجير لا يعرف تفصيل قدرهما فانكشف الموضع بعيدا والكتاب كثيرا فإنه لا خيار له يفسخ به إذا لم يكن من المستأجر تغرير ولا تحقير ولا بد فى صحة الإجارة من تعيين الورق التى ينسخ فيها بالمشاهدة أو ذكر قدرها وأن تكون موجودة فى ملك المستأجر ويكون تحصيل الأم المنسوخ عليها على المستأجر ولا يحتاج إلى ذكر عدد السطور بل ينسخ المعتاد . فلو شحن الكتابة بحيث بقى بعض الورق كان مخالفا فيستحق الأقل من المسمى وأجرة المثل ، ولا خيار للمستأجر .

﴿٢٥٤﴾ ﴿ فصل ﴾

فى ذكر جملة من أحكام الأجرة وكذا سائر المعاملات ﴿ و ﴾ من أحكامها ﴿ تنفذ مع الغبن الفاحش من رأس المال ﴾ إذا وقع عقد الإجارة ﴿ فى ﴾ حال ﴿ الصحة ﴾ لا للجوع وهو متصرف عن نفسه لا عن الغير . ﴿ وأ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن التأجير واقعاً فى الصحة بل فى المرض المخوف ﴿ فالغبن من الثلث ﴾ حيث كان له وارث وإلا فمن رأس المال ما لم يكن مخلفه مستغرقا بالدين فلا ينفذ شىء فلو أجر عينا شهرين

بخمسة وأجرتها كل شهر بخمسة فللمستأجر بخمسة شهر ثم إذا كان ثلث تركته خمسة ومن جملة التركة العين المؤجرة تقوم مسلوبة المنافع والخمسة التى أجرها بها باقية معه أو على ذمة المستأجر فان كانت التركة كلها بخمسة عشر درهما صحت الإجارة فى الشهر الثانى وإن كانت دونها صح من الشهر الثانى بقدر ثلثه فقط ، فأما إذا أجر نفسه فى مرضه بغبن فاحش نفذ بكل حال لأنه لا حق للورثة فى بدنه .

﴿ و ﴾ الأجرة ﴿ لا يستحقها المتبرع ﴾ بالعمل حرًّا كان أم عبدا إذ الغالب فى المنافع عدم الأعواض ولو بأمر ما لم يشترط العوض أو كان يعتاده . فلو عمل رجل لرجل عملا بغير أمره ولا اعتاد الأجرة أو بأمره ولا يعتادها ولا شرطها أو شرطها ولم يقبل الشرط ولا سلم إليه العمل كان العامل متبرعا فلا تجب له أجرة . ومن هذا ما تعمله الزوجة مع زوجها فى بيته أو خارج البيت لحسن العشرة والأولاد مع أبيهم لإحسانه إليهم بعد الأمر من الزوج والأب فإن اعتادت الزوجة الأجرة على العمل أو كان عرف الجهة أو شرطتها وقبل الزوج لزم لها أجرة المثل وإلاَّ يحصل أحد الثلاثة الأمور فلا أجرة ولو أمرها وكذلك فى حق الأولاد أما إذا لم يحصل الأمر فلا أجرة ولو اعتاد العامل الأجرة أو كان عرف الجهة .

﴿ ولا ﴾ يستحق الأجرة ﴿ الأجير حيث عمل غيره لا عنه ﴾ أو عنه وليس له الاستنابة فلو استؤجر على خياطة ثوب فخاطه لا بأمره ولا بنيـة كون العمل عنه لم يستحق الأجير ولا العامل شيئاً من الأجرة فان كان بنيته استحقها الأجير حيث كان له الاستنابة ﴿ أو ﴾ استؤجر على عمل فعمله ثم ﴿ بطل عمله قبل التسليم ﴾ فيما ينقل أو تخليته فيما تعتبر فيه التخلية من أرض أو دار عمل الأجير فيهما عملا من حرث أو بناء فلو بطل عمله قبل التسليم أو التخلية ولو بغالب سقطت الأجرة نحو أن تصلب الأرض بعد حرثه لها وقبل تخليتها إلى مالكها أو يغسل الصباغ من الثوب

قبل رده أو تنهار البئر أو يخرب البناء فلا أجرة له أيضاً. وقد مثل الامام عليه السلام بمثالين :

﴿الأول﴾ قوله : ﴿ كمقصور ﴾ لما أفرغه القصار ﴿ ألقته الريح فى صبغ ﴾ قبل أن يقبضه مالكه وإن كانت الريح غالبة وهى التى لا يمكن حفظ الثوب منها لو حضر حال حدوثها لم يضمنه ولا يضمن الصبغ إذا كان للغير سواء كانت الريح غالبة أم لا حيث وضعه فى موضع معتاد ورزم عليه بالمعتاد. ولا فرق بين أن يكون صاحب الصبغ متعدياً بالوضع أم لا ، وأما مالك الثوب فله الخيار حيث كان النقص فوق النصف « بين أخذ ثوبه بغير شىء وبين تركه للقصار وأخذ قيمته منه إن شاء قبل القصارة ولا أجرة عليه ، وإن شاء بعد القصارة ويسلم أجرة القصار ، وكذا الحكم فى كل أرش وجب فى المصنوع فإن المالك يكون مخيراً فيه بين أرشه قبل الصنعة ولا أجرة أو أرشه بعد الصنعة ويسلم الأجرة »(١) على التفصيل الآتى فى الغصب أول فصل (٣٠٧) حيث كان التغيير إلى غرض أو إلى غير غرض ، ومن قبيل بطلان العمل المسقط للأجرة جموح الدابة ، وكذا السفينة لو استأجرها شخص ليركب عليها إلى موضع فركب عليها وسيرها فوصلت إلى المقصود أو بعضه وجمحت به الدابة راجعة أو السفينة حتى أوصلته إلى الموضع المبتدأ منه السير فلا يلزمه الأجرة لبطلان الوصول إلى المحل المقصود بشرط أن يكون الجموح لا لسوء ركوبه وأن لا يمكنه النزول عن ظهرها حال رجوعها . أما لو كان جموحها لسوء ركوبه أو أمكنه النزول ولم ينزل لزمته الأجرة بأحدهما فقط ، ولو خشى من النزول الضرر أو التلف إلا أن له مع خشية التلف الفسخ مع الركوب ويسقط من المسمى بقدر ما يسقط من أجرة المثل بين أجرتها صحيحة ومعيبة فإذا كانت أجرتها صحيحة ستة ومعيبة أربعة انحط ثلث المسمى ، وعلى هذا فقس .

---

(١) حكى ذلك فى الكواكب من بيان السحامى اه

﴿ وتحصيل هــذه المسئلة ﴾ أربعة أطراف: إما أن يمكنه النزول وكان الجموح لسوء ركوبه لزمته الأجرة للذهاب والإياب ، وإن كان لسوء ركوبه ولم يمكنه النزول لزمته الأجرة للذهاب لا للإياب، وإن كان لسوء ركوبه وأمكنه النزول فكذا أيضا يلزمه الأجرة للذهاب لا الإياب لأنها معيبة وركوب المعيب فى حال إرجاعه لا يلزم له أجرة فى العرف ولا يكون رضاء .

﴿ أو أمر ﴾ الأجــير ﴿ بالتسويد ﴾ أو غيره من الألوان ﴿ فحمّر ﴾ أى فخالف بصبغ لون آخر لم يستحق شيئا من الأجرة لعدم حصول المراد وللمالك الخيار فى الثوب كالمسئلة التى قبلها ﴿ وتلزم ﴾ الأجرة ﴿ من ربى فى ﴾ مكان ﴿ غصب ﴾ إذا كان فى حال التربية ﴿ مميزاً ﴾ أى يعقــل النفع والضر فيلزمه جميع أجرة المكان والقيمة للرقبة إن تلفت لثبوت يده على الكل ولم يتصرف إلا فى بعضه ، فأما إذا كان غير مميز وكان مجنونا فإنه لا يضمن شيئا ﴿أو حبس فيه﴾ أى فى المكان المغصوب لزمته الأجرة إن حبس فيه ﴿ بالتخويف ﴾ من الخروج بالقول لا بالفعل كالقيد الذى لا يمكنه معه التصرف فلا شيء عليــه ويرجع الصبى المميز على المربى والمحبوس على الحابس بما لزمته من الأجرة والقيمة للرقبة إن تلفت لأنه غرم لحقه بسببه .

﴿ ومستعمل ﴾ غير مكلف وهو ﴿ الصغير ﴾ والمجنون ﴿ فى غــير المعتاد ﴾ وهو ما لمثله أجرة ممــا لا يتسامح بمثله تلزمه الأجرة سواء كان حراً أم عبداً برضائه أم مكرهاً ويضمن مع الأجرة الجناية إن تلف تحت العمــل أو بسببه ضمان جناية للحر والعبد إن لم ينقل وإن نقل العبد فضمان غصب فأما لو كان الاستعمال يسيراً معتاداً لا أجرة لمثله نحو تناول الكوز والثوب ونحوهما فلا تلزم الأجرة ولو كان مكرها وجاز ذلك ولا يضمنه لو تلف تحت العمل . ﴿ ولو ﴾ كان المستعمل لغير المكلف ﴿ أبا ﴾ له فإنها تلزمه الأجرة إذا اســتعمله زائداً على المعتاد ولو فى شيء يهذب به أخلاق الصبى ﴿ ويقع عنهــا ﴾ أى عن الأجرة ﴿ إنفاق الولى ﴾ الذى لا تلزمه النفقة شرعاً

﴿ فقط ﴾ يعنى لا غير الولى فإنها لا تقع النفقة عن الأجرة إذ لا ولاية للمنفق فتبقى الأجرة ﴿ بنيتها ﴾ أى بنية كون الإنفاق عن الأجرة فإذا اجتمعت الشروط وهى أن ينفق وهو ولىّ لا تجب عليه نفقة الصبى ناوياً كون الإنفاق عن أجرة الاستعمال سقطت . أما لو لم يكن وليا أو وليا تلزمه نفقته شرعاً أباً كان أم غيره أو لم ينو كون الإنفاق عن الأجرة لم تسقط الأجرة . قال ﴿ المؤيد ﴾ بالله ﴿ ولو لم تقارن ﴾ النية الإنفاق صح ذلك وأجزأ ﴿ إن تقدمت ﴾ النية على الإنفاق لا إن تأخرت فلا تسقط الأجرة وهو المختار للمذهب على أصل الهدوية .

﴿ و ﴾ كذلك تلزم الأجرة ﴿ مستعمل ﴾ الشخص ﴿ الكبير ﴾ حراً أم عبداً ولو ﴿ مكرهاً ﴾ على عمل له أو لغيره إذا كان لمثله أجرة وإن لم يمتدها . ﴿ و ﴾ حكم ﴿ العبد ﴾ الكبير ﴿ كا ﴾ لحر ا ﴿ لصغير ﴾ إذا استعمله غير مالكه فى المعتاد لم تلزم له أجرة وإن استعمله فى غير المعتاد لزمت . وأما ضمان رقبة العبد فقد أوضحه الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ ويضمّن ﴾ العبد ﴿ المكره ﴾ على العمل بغير إذن مولاه ضمان جناية حيث تلف تحت العمل أو بسببه ﴿ مطلقا ﴾ أى سواء كان العبد محجوراً أم مأذوناً صغيراً أم كبيراً ولا بد من الانتقال أو يتلف تحت العمل بسببه ﴿ ومحجور انتقل ﴾ أى إذا كان العبد محجوراً غير مأذون واستعمل فيما انتقل فيه ضمنه المستعمل فى غير المعتاد ضمان غصب لا إذا استعمله فى غير المعتاد وهو فى مكانه من غير أن ينتقل فضمان جناية إن تلف تحت العمل أو بسببه وفى المعتاد لا يضمن مطلقا ﴿ ولو ﴾ كان العبد ﴿ راضياً ﴾ بالعمل فإنه يضمنه المستعمل له لأن انتقاله عن أمره قبض .

﴿٢٥٤﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان ما يكره من الأجرة ويحرم . ﴿ و ﴾ اعلم أنها ﴿ تكره ﴾ الأجرة كراهة

تنزيه ﴿ على العمل المكروه ﴾ فى كل حرفة دنية . قال فى الكواكب : « ووجه الكراهة الحث على التكسب فى الحرف الرفيعة » والعمل المكروه هو ما جرت عادة الناس أنهم لا يعقدون عليه إجارة صحيحة فى غير المحقر من الأعمال كالحجامة والفصادة والختان وحفر القبور والدلالة على البيع فتكون أجرة هؤلاء مكروهة لأخذهم لها على العادة لا على العمل . وتحقيق المسئلة على المختار أن يقال: امتنع العامل من العمل إلا بها وعقد عقدا صحيحا حلت له مع الكراهة ولو خوفا من لسانه وإن شرطها من غير عقد وأعطاه اياه وفاء بالوعد لا خوفاً من لسانه حلت له أيضاً مع علمه أنها لا تلزمه وإن لم يشرط وأعطاه إياها فى مقابلة العمل تكرماً حلت له مع الكراهة وإن أعطاه خوفا من لسانه حرم الزائد على قدر أجرة المثل المتعارف بين الناس .

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان من أمر غيره أن يتكلم له فى حاجة إلى غيره وشرط له عوضاً فإن كان ما يتكلم فيه مباحا[1] أو مندوبا أو مكروها حل له العوض إن طابت به نفس المعطى أو كان قدر أجرة المثل أو كانت الاجارة صحيحة ، وإن كان محظوراً لم يحل العوض، وإن كان واجباً نحو أن يكلمه أن يدفع عنه الظالم أو يوفيه حقه فإن كان ذلك معيناً عليه لم يحل العوض، وإن كان غيره يقوم مقامه فيه لم يحل أيضاً وهذا حيث لا يتكلم المتكلم إلا بالعوض فأما إذا كان يتكلم ولو لم يعط لكن أعطاه المعطى تبرعا فإنه يحل .

﴿ فرع ﴾ وأما من يصلح بين خصمين فمع التباس الحال فى وجوب الحق وعدمه الأقرب جواز ما يأخذ برضاء المعطى له ومع بيان وجوب الحق وبطلانه لا يجوز لأنه عمل واجب أو محظور .

---

(١) المباح : نحو أن يأمر من يشترى له ، والمندوب أن يأمر من يتزوج له حيث يندب ، والمكروه أن يأمر غيره يتزوج له حيث يكره . والمحظور حيث يأمر من يسأل له مع الكفاية اه

﴿ وتحرم ﴾ الأجرة ﴿ على ﴾ أمر ﴿ واجب[1] ﴾ سواء كان فرض عين أم فرض كفاية على الأصح كالحاكم إذا أخذ من المحكوم له لامن الامام فجائز وأجرة الجهاد وغسل الميت المسلم والصلاة عليه والأذان وتعليم المكلف القرآن وسائر العلوم الدينية وما يأخذه الولى من الخاطب جملا حيث كانت حرة مكافئة راضية من الكفو أما لو كانت صغيرة حلت له لأنه ليس على واجب ولا محظور إذا كان لمثله أجرة ما لم تتعين المصلحة فى حق الصغيرة فلا تحل ، وأما الوصية على إمام المحراب فعادة الفضلاء أخذها خلفا عن سلف ، ووجهها أنها لا تؤخذ فى مقابلة الصلاة بل فى مقابلة تخصيص هذا الموضع بالصلاة فيه أول الوقت وهو غير واجب .

﴿ أو محظور ﴾ كأجرة الكاهن والبغى وجند الظلمة ﴿ مشروط ﴾ عند دفع الأجرة ﴿ أو مضمر ﴾ غير منطوق به فإنها تحرم فى الحالين معاً . وسواء ﴿ تقدم ﴾ فعل الواجب أو المحظور على دفع الجعالة ﴿ أو تأخر ﴾ إذا كان دفعها فى مقابلهما ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من أن يفعل واجباً لا فى مقابلة جعالة بل لوجوبه فيعطى بعد ذلك شيئا لأجل عمله فإنه يجوز له أخذه لأنه من باب البر ولو فهم أنه لأجل ذلك العمل ما لم تلحقه تهمة فيأثم وتحل له الأجرة ﴿فتصير﴾ لأجرة فى يد الآخذ ﴿ كالغصب[2] ﴾ فى سائر أحكامه ﴿ إلا فى الأربعة ﴾ المتقدمة فى البيع الباطل[3] وهى أنه يطيب ربحه ويبرأ الغاصب متى رده إليه ولا يتضيق الرد إلا بالطلب أو موته ولا أجرة إن لم يستعمل، فإن استعمل لزمته الأجرة مدة الاستعمال فقط أما لو امتنع من الرد بعد الطلب فغاصب مطلقا ﴿ إن عقدا ﴾ أى إن صرحا على الواجب أو المحظور سواء كان

---

(١) وأما المباح والمندوب والمسنون والمكروه فيحل ولو بالشرط اه .

(٢) وقد دخل فى هذا أنه يكون حكم فوائده فى يد القابض حكم فوائد الغصب اه من حاشية السحولى .

(٣) انظر فصل (٢١٩) مراجعه إن شئت البيان اه .

بعقد أم شرط نحو أن يقول أعطيتك هذا المال لتعليم القرآن أو لتمكني من الزنى أو نحو ذلك فإن الأجرة مع الأخذ لها كالغصب إلا فى هـذه الأربعة المتقدمة ﴿ ولو ﴾ عقد ﴿على مباح حيلة﴾ فى التوصل إلى المحظور كانت الأجرة كالغصب إلا فى الأربعة وذلك نحو أن يستأجر البغى أو المغنية للخدمة أو السلطان يستأجر الجنـدى لخدمته ويكون المعلوم عندهم أن صاحب المال إنما يعطى لأمر محظور .

﴿ وإلا ﴾ يكن ثم تصريح بالأجرة بل مضمرة على الواجب أو المحظور أضمراها معا أو الدافع فقط ﴿ لزم التصدق بها ﴾ وفوائدها للفقراء واو فى أصوله أو فصوله أو هاشمى لأنها قد صارت مظلمة ولا ترد للمالك فإن ردها الآخذ ضمنها للفقراء ، فأما لو أعطاه الأجرة لا عن الواجب ولا عن المحظور بل عن زكاة أو صدقة حلت للآخـذ ولذا قال الإمام عليه السلام ﴿ ويعمل ﴾ الآخذ للجعالة ﴿ فى ذلك بالظن ﴾ إن غلب فى ظنه أنها فى مقابلة محظور قد فعله أو سيفعله أو واجب يطلب منه فعله فإنها تحرم عليه وإن غلب فى ظنه أنها ليست فى مقابلة شىء من ذلك جاز له أخذها ولو بعـد الشرط أنها عن الواجب أو المحظور ﴿ فإن التبس ﴾ على الآخـذ إن لم يحصل له ظن هل هى فى مقابلة محظور فى ضمير المعطى أم لا ﴿ قبـل قول المعطى ﴾ فى ذلك عند الدفع وبعده لأنه لا طريق له إلى ما فى ضميره إلا كلامه ﴿ولو بعد قوله عن المحظور﴾ فإنه يقبل قوله أنها لا عن واجب ولا عن المحظور فتحل عملا بقول المعطى «والحاصل» أن الآخذ يعمل بظنه فمهما ظن الحل جاز أخذها ومهما ظن أنها عن واجب أو محظور حرم أخذها فى كل حال .

﴿٣٥٥﴾ ﴿ فصل ﴾

فى ذكر الاختلاف بين الأجير والمستأجر : ﴿ و ﴾ إذا اختلفا فى قـدر المدة

والمسافة وجبت ﴿ البينــة على مدعى أطول المدتين[1] ﴾ والمسافتين فإذا قال المؤجر أجرتك هذه الدار شهرين فادفع أجرتهما أو قد مضى لك فيها شهران فادفع أجرتهما وقال المستأجر بل أجرتني شهراً أو لم يمض إلا شهر واحد فالبينة على المؤجر فى قدر المدة وهى الشهران لأنه يدعى عليه التعدى بزيادة الأجرة وكذا العكس لو ادعى المستأجر زيادة المدة فالبينة عليه ، وكذا فى استئجار الدابة للركوب أو الحمل : البيّنة على مدعى أطول المسافتين. وهــذا إذا حصل الاختلاف قبل انقضاء المدة المتفق عليها ، والمستأجر يدعى الزيادة فالبينة عليه أما لو وقع الاختلاف بعد مضى الأكثر من المختلف فيــه أو بعضه فالقول للمستأجر فى أكثر المدتين والبينة على المؤجر لأنه يدعى على المستأجر التعدى بالزائد على المتفق عليه .

﴿ و ﴾ البينة على مدعى ﴿ مضى المتفق عليها ﴾ فإذا اتفقا على قدر المدة واختلفا فى الانقضاء فالقول قول منكر الانقضاء ﴿ و ﴾ البينة ﴿ على المعين للمعمول فيه ﴾ والمحمول المضمون سواء كان المستأجر أو الأجير أوعيّنا معاً . فلو قال القصّار لصاحب الثوب هذا ثوبك خذه وقال صاحب الثوب ليس بثوبى فعلى القصار البيّنة فان كان المعين للثوب صاحبه نحو أن يقول هذا ثوبى فيقول القصار ليس ثوبك فالبيّنة على صاحب الثوب .

﴿ وحاصل مسئلة القصار ﴾ إما أن يبين أحدهما أو بينا معاً أو لا بينة رأسا، فان بيَّن أحدهما دون الآخر حكم له فإن بيّن المالك على ما عينه حكم له به ولزمه أجرته وتـكون للقصار لا لبيت المال ، وإن بيّن القصار على ما عينه حكم له بأجرته ويخلى بين الثوب والمالك ويكفيه التخلية ، ويكون الثوب للمالك لا لبيت المال : فإن بيّنا معاً : المالك بيّن على ما ادعاه ، والقصار بيّن على ما عيَّنه إنه ثوب المالك فإن اتفقا أنه لم يسلم إلا ثوباً

(١) عبارة الفتح : « والبينة على مدعى خلاف الأصــل » وهى أولى من عبارة الأزهار لتشمل ما تقدم وما هنا وما يأتى اهـ .

واحداً تكاذبت البينتان ويرجع إلى التحالف والنكول فإن حلفا معاً : كل واحد حلف ماعينه أجبر الحاكم القصار على تسليم ثوب يتصادقان عليه وإن لم يسلم حبسه حتى يغلب فى الظن أنه لو كان موجودا لسلمه . ثم يضمنه قيمة ثوب يراه الحاكم. وإن حلف المالك فقط ولم يطلب اليمين من القصار ولا حلف حبس القصار كذلك ، وإن نكلا عن اليمين معاً كان كما لو بينا ولم يتفقا أنه لم يسلم إلا ثوباً واحداً والحكم ما يأتى . وإن نكل أحدهما حكم لخصمه بما عينه فإن نكل المالك حكم للقصار بأجرة ما عينه ، ويخلى بينه وبين مالكه ، وإن نكل القصار حكم للمالك بما عينه وتلزم أجرته للقصار لا لبيت المال وإن لم يتفقا على ذلك حمل البينتان على السلامة وأنه قد سلم ثوبين فيحكم للمالك بماعينه وأقام البينة عليه ويحكم للقصار بأجرة ما أقرّ به وأقام البينة عليه ويرجع الثوب للقصار لا لبيت المال . قال فى شرح الفتح: « لأن إقراره كالشروط من جهة المعنى بأن يقبله المالك » فإن لم يقبله فهو ثوبه .

﴿ و ﴾ تجب البينة ﴿ على ﴾ الأجير ﴿ المشترك ﴾ والخاص ومؤجر معين ﴿ فى قدر الأجرة ﴾ إذا ادعى زائداً على ما ادعاه المالك كأن يقول الأجير أجرتنى بستة دراهم ويقول المؤجر أجّرتك بأربعة فالقول قول المؤجر أنها أربعة ﴿ و ﴾ البينة على الأجير المشترك[1] فقط فى ﴿ ردّ ما صنع ﴾ لأن الأصل عدمه ﴿ وان المتلف غالب ﴾ أى لا يمكن دفعه حال حصوله ولا الاحتراز منه قبل حصوله هـذا ﴿ إن أمكن البينة عليه ﴾ كالحريق والريح وأخذ القادر تلك العين أو القافلة أونهب البلد أو غلبة الذئاب أو الجراد أو السيل أو نحو ذلك فيكفى البيّنة على نهب القافلة أو على نهب البلد التى فيها المعمول أو المحمول ، ولا يحتاج إلى بيّنة على نهب هذا المعمول أو المحمول بعينه حيث تصادقا أن تلك العين فى القافلة أو فى البلد فإن لم يتصادقا فلا بد من البيّنة أن

(١) وأما الأجير الخاص فهو أمين يقبل قوله فى الرد اهـ

تلك العين فى القافلة أو البلد فإن كان لا يمكن إقامة البيّنة على التلف فالقول قول الأجير وذلك كالعمى والصمم والموت نحو أن يقول الأجير مات الحيوان بأجله من الله وقال المالك بل بجناية فالبينة على المالك إلا أن يكون فى الحيوان أثر جناية يجوز أنه مات منها فالبيّنة على الأجير أنه مات من الله لا بسببها .

﴿ فرع ﴾ وأما إذا رد الأجير المشترك المعمول فيه وفيه عيب فقال المالك حدث معك بجناية منك أو تفريط وقال الأجير المشترك بل معك نظر فى العيب فإن كان مما يعلم تقدمه فالقول قول الأجير وإن كان ممـا يعلم تأخره فالقول قول المالك ومع اللبس القول للأجير. وكذا لو قال الغاصب كان معيباً وقد تلف فالقول قوله على الأصح

﴿ وعلى ﴾ مدعى الإجارة سواء كان ﴿ المالك ﴾ أم الوكيل أم الولى البيّنة ﴿ فى الإجارة ﴾ حيث ادعى أنه أجر من شخص عيناً وأنكر ذلك الشخص فعليه البينة .

﴿ و ﴾ تجب البيّنة على المؤجر فى دعوى ﴿ المخالفة ﴾ نحو أن يدّعى أنه أمره بقطع الثوب قميصاً فقطعه قباء أو أمره بصبغه أسود فصبغه أحمر أو نحو ذلك فإن القول للأجير والبيّنة على المؤجر .

﴿ وحاصل الكلام فى مسئلة المخالفة ﴾ إن كان الاختلاف قبل العمل فالقول قول المؤجر فى نفى ما ادعاه الخياط والقول قول الخياط فى نفى ما ادعاه المؤجر لأن كل واحد مدع ومدعى عليه فيتحالفان وتبطل الإجارة لأنه لا يلزمه عمل ما ادعى المؤجر لأن دعوى المؤجر كالاضراب فإن بيّن أحدهما حكم له وإن بيّنـا معاً فإن أرّخت إحداهما وأطلقت الأخرى حكم للمطلقة وإن أرختا إلى وقتين حكم للأخيرة وإن أطلقتا أوأرختا إلى وقت واحد بطلتا ورجع إلى التحالف والنكول ، فإن حلفا معاً أو نكلا معا بطلت الإجارة وإن نكل أحدهما فقط والظاهر مع العادة والبيّنة على مدعى خلاف العادة وإن كان معتاداً لهما أو هو أول ما أراد من الخياط فالقول قول الخياط ، وإن لم تكن له عادة أو التبس رجع إلى عادة البلد الذى أعطاه فيه ، فلو اختلفت

عادة الأجير ، وعادة أهل البلد فعادة الأجير أولى .

﴿ فرع[١] ﴾ من دفع إلى خياط ثوبا ليقطعه ويخيطه قميصا فقطعه ثم لم يكف القميص فلا شيء عليه وكذا لو قال له المالك هل يكفى قميصا فقال نعم . فقال اقطعه . فأما لو قال له اقطعه إن كان يكفى فقطعه ولم يكف كان الخيار لصاحبه بين أخذه أو أخذ قيمته قبل القطع : وكذا فيمن دفع إلى حائك غزلا لينسجه له قدراً معلوما فنسجه ولم يكف لذلك القدر فهو على هذا التفصيل .

وقوله: ﴿غالبا﴾ احتراز من صورة وهو أن يدعى المؤجر أنه أمر الصباغ أن يصبغ له صبغا موردا يساوى خمسة فصبغه الأجير كذلك ما يساوى عشرة وقال هو الذى أمرنى به فالقول قول المؤجر هنا حيث لاعادة أو اعتادهما ولاغالب لأن الأجير يدعى الزيادة فى قيمة الصبغ ، وأما العكس فالقول قول الصباغ لأن المالك يدعى عليه المخالفة فى الصنعة الموجبة للأقل من المسمى وأجرة المثل فإن بيّن المالك وأمكن الزيادة فى الصبغ وجبت وإن لم يمكن خيّر المالك كما يأتى فى الغصب أول فصل « ٣٠٧ » حيث كان التغيير إلى غرض وإلى غير غرض .

﴿ و ﴾ البيّنة أيضا على المؤجر فى ﴿ قيمة التالف ﴾ فى يد الأجير وفى قدره وجنسه ونوعه وصفته أو فى قيمة ما ذهب فى الحمام واليمين على الأجير إلا أن يدعى المالك ما لم تجر عادة بلبسه أو يدعى ما لم تجر العادة بالتقويم به فعليه البيّنة . ﴿ و ﴾ البيّنة على المالك فى ﴿ الجناية ﴾ والخيانة نحو أن يعطى المالك الحائك غزلا ينسجه له فلما نسجه ادعى المالك أنه خلط على غزله غزلا وأبدله فالبيّنة على المالك لأنه يدعى الجناية والخيانة ﴿ كالمعالج ﴾ المجروح إذا ادعى أن الذى عالجه جنى عليه بالمباشرة وقال الأجير بل بالسراية إذا كان بصيرا وإلا فهو ضامن فإن البينة على المجروح اللهم إلا أن يكون ثمة أثر من فعل الطبيب يدل على المباشرة فإن القول قول المجروح لأن معه

(١) نقلا عن البيان من قبيل فصل « وإذا كانت الإجارة فاسدة » اه

شاهد الحال من غير يمين وهو قياس ما تقدم فى العيوب .

﴿ و ﴾ البينة ﴿ على مدعى اباق العبد ﴾ ومرضه ونحوه ﴿ بعض المدة ﴾ أو كلها . يعنى إذا استأجر رجل من رجل عبدا ليخدمه سنة أو نحوها وقبضه ثم ادعى أنه أبق أو مرض بعض السنة أو كلها فالبينة عليه ﴿ إن ﴾ كان عند الاختلاف ﴿ قد رجع ﴾ أو شفى من المرض إذ لو كان على ما ادعاه فالقول قوله فى قدر اباقه ومرضه ولا فرق بين أن تكون مدة الإجارة باقية أو منقضية .

﴿ و القول للمستأجر فى الرد ﴾ والتلف ﴿ والعين وقدر الأجرة ﴾ لا جنسها وصفتها ونوعها فللمدعى المعتاد فى البلد . فإذا استأجر عينا واختلف هو والمؤجر فى ردها فقال قد رددتها وأنكر المالك أو قال هى هذه وأنكرها المالك أو قال أجرتها خمسة دراهم وقال المالك عشرة دراهم فالقول قول المستأجر فى ذلك كله إلا حيث هى عادة غالبة فإنه يكون القول قول من وافق العادة . أما الرد والعين فلأنه أمين وليس بضمين إلا أن يشرط عليه الحفظ والضمان كانت البينة عليه ، وأما قدر الأجرة حيث لا أجرة غالبة فلأن المالك يدعى الزيادة .

﴿ مسئلة[(١)] ﴾ إذا اختلف المؤجر والمستأجر فى أمتعة الدار « وليس هناك عرف يرجع إليه » فالقول قول المستأجر حيث مدة الإجارة باقية لا بعدها فالقول قول المؤجر إذا كان بعد خروج المستأجر ومضى وقت يمكن من المؤجر إدخال ما ادعاه إليها ﴿ قيل ﴾ وإنما يقبل قول المستأجر فى قدر الأجرة فقط ﴿ فيما تسلمه أو ﴾ تسلم ﴿ منافعه ﴾ فأما قبل ذلك فالقول قول المالك ذكر هذا الفقيه حسن فى تذكرته ، ثم رجع عنه . والمختار أن القول للمستأجر مطلقا لأنه يجب عليه تسليم العين قبل قبض الأجرة سواء شرط تعجيل الأجرة أم لا ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن المستأجر قد تسلم العين المؤجرة ولا استوفى منافعها ﴿ فللمالك ﴾ أى فالقول قول المالك ﴿ و ﴾ لو قال

(١) تستفاد من البيان .

الآمر عملت مجانا وقال المأمور بل بأجرة فإنه يرجع إلى عادة العامل ويكون القول ﴿ لمدعى المعتاد ﴾ أو الأغلب ﴿ من العمل بها ﴾ أ ﴿ و ﴾ الاستعمال ﴿ مجانا ﴾ وسواء كان الاختلاف للأجرة أم للتضمين فإن كان عادته التبرع أو الغالب فالقول قول المالك وإن كان عادته أو هو الغالب الأجرة فالقول قوله ﴿ وإلا ﴾ تكن له عادة أو كان يعتاد هذا وهذا أو استوى الأغلب أو هو أول ما عمل ﴿ فللمجان ﴾ أى فالقول قول مدعى المجان .

﴿٢٥٦﴾ ﴿ فصل ﴾

اعلم أن هذا الفصل قد اشتمل على ماتفرق فى غيره فاحرص على حفظه ليكون دليلك إلى بيان من يضمن ومن لا يضمن ومن يبرأ إذا برئ ومن لا يبرأ ﴿و﴾ الذى ﴿ لا يضمن ﴾ هو ﴿ المستأجر ﴾ للدار والدابة أو نحوها ﴿والمستعير﴾ للعين أوالبائع فهؤلاء لا يضمنون إلا لشرط أو عرف ﴿ مطلقا ﴾ لا الغالب ولا غيره ﴿ و ﴾ أما الأجير ﴿ المشترك ﴾ فلا يضمن الأمر ﴿ الغالب ﴾ إلا أن يضمن فأما غير الغالب فهو مضمون عليه وإنما يسقط عنهم الضمان ﴿ إن لم يضمنوا ﴾ ويكفى فى التضمين شرط الحفظ فإن ضمنوا أو جرى عرف بالتضمين ضمنوا الغالب وغيره .

﴿ ويضمن ﴾ الأجير ﴿ المشترك غير الغالب والمتعاطى ﴾ للطب ونحوه بدون خبرة يضمن السراية والمباشرة بالأولى ولو كان خبيراً ﴿ والبائع قبل التسليم ﴾ ضمان مجاز وإلا فتلف المبيع من ماله ويرد الثمن للمشترى إذا قد قبضه ﴿ والمرتهن ﴾ رهناً صحيحاً ﴿ والغاصب ﴾ فهؤلاء الخمسة يضمنون مع العلم من المستأجر والمستام ﴿ وإن لم يضمنوا ﴾ ضمنوا الغالب وغيره فى غير الأجير المشترك ﴿ وعكسهم ﴾ أى عكس هؤلاء الخمسة فى الضمان سبعة فلا يضمنون وهم الأجير ﴿ الخاص ومستأجر الآلة ﴾ ومستعيرها إذا ﴿ ضمن أثر الاستعمال ﴾ وهو ما ينقص من العين من استعمال

المعتاد فى المعتاد ﴿ والمضارب ﴾ مضاربة صحيحة ﴿ والوديع والوصى والوكيل ﴾ بغير أجرة إلا أن يكون أحدهؤلاء بأجرة فيضمن ضمان الأجير المشترك ﴿ والملتقط ﴾ فهؤلاء لا يضمنون وإن ضمنوا إلا ما جنوا عليه أو فرطوا .

﴿ وإذا أبرئ ﴾ الطبيب ﴿ البصير من الخطأ ﴾ وكذا العمد إذا كان يستباح بالإباحة بعد الجناية أو قبلها ﴿ والناصب ﴾ من الضمان وأما من العين إذ برئ فتصير أمانة كما يأتى وإذا برئ مرة ثانية صارت إباحة إلا أن يجرى عرف أنه يريد بالتكرار التأكيد ﴿ و ﴾ الأجير ﴿ المشترك مطلقاً برئوا ﴾ وقوله مطلقا أى سواء كان من خطأ أم عمد فى المشترك والناصب لكن فى العمد إذا كان مما يستباح وإلا فلا يصح بعد الفعل ﴿ لا المتعاطى ﴾ إلا أن يكون بعد الجناية ﴿ والبائع قبل التسليم والمتبرى من العيوب جملة والمرتهن صحيحاً ﴾ سواء أبرئ من العين أم من الضمان فهؤلاء لا يبرأون من الضمان وإن أبرئوا.

﴿٢٥٧﴾ باب المزارعة

اعلم أن المزارعة والمغارسة والمساقاة والمباذرة نوع من الإجارة وكل منها ينقسم إلى صحيح وفاسد وقد أفرد الإمام عليه السلام لكل من الثلاثة الأول فصلا .

﴿ فصل ﴾

المزارعة ﴿ صحيحها ﴾ كما فى الإجارات من تلك الشروط فى تأجير الأرض واستئجار الآدمى على العمل ويشترط هنا ﴿ أن يكرى[1] ﴾ مالك الأرض أو وكيله أو وليه ﴿ بعض الأرض ﴾ وهو ما يريد أن يكون للعامل منها من نصف

---

(١) الإجارة والكرى معناهما واحد إلا أن الفقهاء اصطلحوا على تسمية التعاقد على منفعة الآدمى وبعض المنقولات كالأثاث والثياب والأوانى ونحو ذلك إجارة ، وعلى تسمية البعض الآخر وهى السفن والحيوان خاصة كراء مع كونهما من المنقولات ، ومثل السفن والحيوان جميع الأشياء الثابتة كالدور والأراضى وغيرها فان العقد على منافعها يسمى كراء على أنهم قد يستعملون الكراء فى معنى الإجارة وبالعكس فى بعض الأحيان اه .

أو غيره مشاعاً مدة معلومة بأجرة معلومة ولا بد أن تكون الأجرة فى الذمة ، أو مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير ، أو كان مما يتعين بعد قبضه وإلا لم يصح لأنه يصير بالتعيين مبيعا ولا يصح التصرف فيه إلا بعد قبضه ﴿ويستأجر المكترى بذلك الكراء أو غيره على عمل الباقى﴾ من الأرض مدة معلومة مثل الأولى أو دونها لا أكثر إذ لا يمكنه تسليم العمل فى الزائد كما يأتى ويكون البذر فيها منهما ولا بد أن يكون الإكراء للنصف الأول والتأجير للنصف الثانى ﴿مرتباً﴾ فيقدم تأجير بعض الأرض وهو الاكراء على الاستئجار على عمل الباقى وإلا لم يصح لأنه إذا بدأ بإجارة بعض الأرض كان المستأجر كالمالك إما أن يزرعا معا والبذر منهما أو يتقاسما . فأما لو عكس بأن قدم عقد التأجير قبل عقد الاكراء لم يصح لأنه لا يمكنه تسليم العمل عقيب عقد الاجارة لأن عمل المشاع لا يمكن إلا مع عمل الباقى وهو لا يجب عليه أن يستأجر على ذلك ، أو بأن يستأجر هو النصف الآخر ، وذلك لا يجب عليه أيضا أو بأن يعينوا له من أى جهة النصف الذى استؤجر على زراعته وعند أن يعينوا يكون هذا عملا آخر غير الذى استؤجر عليه لأنه استؤجر على زراعة نصف الأرض مشاعا وهذا غير مشاع لتعيينه ، ولهذا لا بد فى صحة المزارعة من الترتيب ﴿أو نحوه﴾ أى نحو الترتيب المقدم فيه عقد الاكراء ونحوه وهو صورتان :

﴿إحداهما﴾ : أن يكرى نصف أرضه بعمل النصف الثانى ويبين العمل لفظا أو عرفا إذا كانت لا تختلف نحو أن يقول المالك استأجرتك على إصلاح نصف أرضى هذه ـ معلومة بالمشاهدة أو الوصف المميز لها على غيرها ـ بعشرة دراهم أجرة لك وأكريتك النصف الآخر بعشرة دراهم ويعجل الأجرة على العمل غير الكراء أو يعجل الانتفاع بالنصف المكرى أجرة على الباقى ويقول المكترى بعد ذلك قبلت ، فهذا نحو الترتيب مهما كان العقد واحداً ، ولا بد — إذا جعل الانتفاع بالنصف الآخر أجرة على عمل النصف الأول — أن يشرط التعجيل ليتمكن من العمل فى الأرض جميعها

فإن لم يشرط التعجيل لم يصح لأنه لا يمكنه العمل إلا فى الجميع ولا يستحق النصف الأجرة إلا بعد تمام العمل وهو لايتمكن من الشروع فيه لعدم استحقاق النصف الأجرة قبل تمام العمل فيتمانعان .

﴿الصورة الثانية﴾ : أن يعير صاحب الأرض العامل نصف أرضه ويتبرع العامل بأن يعمل النصف الآخر لصاحب الأرض وهذه الصورة من باب العارية لامن باب المزارعة وإن كانت مضارعة من حيث قسمة الزرع بينهما . واعلم أنه لابد فى صحيح المزارعة من أن يكون البذر من مالك الأرض والأجير على حسب التحصيص من نصف أو ربع أو نحوها فيسلم كل واحد منهما بحسب ماشرط له من الزرع فإن كان البذر كله من أحدهما لم تصح .

﴿مسئلة﴾ وأما المباذرة فتصحيحها أن يستأجر مالك البذر من مالك الأرض نصفها بربع البذر مدة معلومة ويستأجر على إصلاح ذلك النصف بربع البذر مدة معلومة فيكمل لمالك الأرض نصف البذر فيصير البذر بينها نصفين ثم يزرع كله فى الارض كلها فما حصل من الزرع يكون بينهما نصفين وتكون مبادرة صحيحة إذا كان العامل فى الأرض من حرث وغيره هو مالكها بالبذر جيمه ثم يستأجره مالك الأرض على إصلاح النصف الآخر بنصف البذر فيكون البذر بينهما والأرض بينهما ويتبع الزرع البذر . فإن لم تكن المباذرة على هذه الصفة ففاسدة يكون الزرع مع التشاجر لرب البذر ، فإن كان لمالك الأرض سلم للعامل أجرة عمل مثله وإن كان من غير مالك الأرض أخذ الزرع ولزمه لمالك الأرض كراء أرضه وأجرة عمله هذا إن تشاجرا. أما مع التراضى على أن يكون الزرع بينهما نصفين أو نحو ذلك فيجوز ولابد أن يكون عقد المزارعة ﴿مستكملا لشروط الإجارة﴾ لفظاً أو عرفا بأن تكون المدة والأجرة والمنفعة معلومات كما تقدم أو يخير المستأجر بأن يزرع ما بدا له ﴿ والا ﴾ يستكمل هذه الشروط ﴿ فسدت ﴾ المزارعة ﴿ كالمخابرة ﴾ المتادة فى كثير من الجهات . وهى أن

يدفع المالك الأرض للزارع ليكون زرعها بينهما على ما يتفقان عليه فانها عندنا فاسدة فى المستقبل إذا تنازعا صحيحة فيما مضى منها ، وإذا كانت الأرض صالبة أوخاربة وأصلحها الأجير والعادة أنها تبقى تحت يده بعد خزعها أو إصلاحها أعواماً فإن بقيت فلا عناء له وإن قبضها المالك أو غيره فله أجرة العناء ما قدره عدلان وعليه مثل ما له فيما فرط إذا قبضها صالحة فحصل منه جناية أو تفريط حتى صلبت فعليه أجرة ما فرط ماقدره عدلان إذا أرادا التفاسخ أو أحدهما .

﴿ والزرع فى ﴾ المزارعة الصحيحة لكل بقدر بذره وفى ﴿ الفاسدة لرب البذر وعليه أجرة الأرض ﴾ حيث البذر من الزارع ﴿ أو ﴾ أجرة ﴿ العمل ﴾ للزارع حيث البذر من رب الأرض وإن كان البذر منهما كان الزرع بينهما والزارع على صاحب الأرض نصف أجرة العمل ولصاحب الأرض عليه نصف كراء الأرض وإن تساويا تساقطا . أما أجرة الزارع فتقدر بالدراهم لأجل العادة وأما كراء الأرض فإن جرت العادة بالدراهم فظاهر وإن جرت العادة أن الأجرة من الزرع كما هو العرف فى زماننا ويمننا وجب نصف الزرع أو أقل أو أكثر وقت حصوله على ما جرت به العادة لا قيمة الزرع إذ المثلى يصح أن يكون قيمة للمنافع كما يصح ثمناً .

﴿ ويجوز التراضى ﴾ فى الإجارة الفاسدة ﴿ بما وقع به العقد ﴾ ولو فى ملك صبى أو مجنون أو مسجد لمصلحة فلو عامله بنصف الغلة فأعطاه إياها عن الأجرة على وجه المراضاة جاز ذلك ويكون بمنزلة البيع الفاسد لكن ليس له الرجوع بما دفع ولو قبل الاستهلاك فأما لو دفع بغير قصد العوض عما يلزمه من الأجرة فإنه يقع عن الأجرة لأجل العرف ويملكها ظاهرا وباطنا لأن العرف كالمنطوق به . ﴿ وبذر الطعام المغصب ﴾ ونحوه من سائر الحبوب فى أرض ندية ينبت عادة أو يابسة وسقاها بعده ﴿استهلاك ﴾ له يملكه الغاصب أما لو بذر الطعام المغصوب فى أرض يابسة وسقاها ماء المطر أوغير الغاصب كان الزرع إذا صلح لمالك البذرفإن يبس قبل تمامه كان قرار الضمان على الساقى

وعلى الباذر إن نبت بالمطر ﴿ فيغرم ﴾ لصاحب البذر ﴿ مثله ﴾ ولصاحب الأرض كراها ﴿ ويملك غلته ويعشرها ﴾ أي يلزمه زكاتها من عشر أو نصف عشر ﴿ ويطيب ﴾ له ﴿ الباقي ﴾ بعد التراضي أو الحكم ﴿ كما لو غصب الأرض والبذر له أو غصبهما ﴾ معاً فإنه يملك الزرع ويعشره ويطيب له الباقي .

﴿٢٥٨﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ والمغارسة ﴾ على ضربين صحيحة وفاسدة أما ﴿ الصحيحة ﴾ فحقيقتها ﴿ أن يستأجر ﴾ رب الأرض ﴿ من يغرس له أشجارا ﴾ وصيغتها : غارستك أو عاملتك وتصح بلفظ الإجارة ولا تصح بمستقبل . ولها شروط : منها أن تكون الغراس ﴿ يملكها ﴾ صاحب الأرض وأن تكون معلومة بالمشاهدة أو الوصف المميز بالطول والجنس ولا تصح المغارسة إلا فيما له أصل ثابت من الشجر كالنخل والكرم ونحوها دون غيرها كالبقل والزرع والكراث ونحوها . ﴿ و ﴾ أن ﴿ يصلح ﴾ الغرس المعلوم في الموضع المعلوم ﴿ ويحفر ﴾ للغرس قدرا معلوما طولا وعرضا وعمقا ﴿ مدة ﴾ معلومة من قليل أو كثير ولا تحديد لأقلها ولا لأكثرها ﴿ بأجرة ﴾ معلومة ﴿ ولو ﴾ كانت الأجرة جزءا ﴿ من الأرض ﴾ كثلثها أو ربعها أو نحو ذلك ولو من أرض الوقف لمصلحة ﴿ أو ﴾ كانت الأجرة جزءا من ﴿ الشجر ﴾ الموجود ﴿ أو الثمر ﴾ الموجود ﴿ الصالح ﴾ للأكل لا من هذه التي يريد غرسها فهي معدومة في الحال .

ولا بد في صحيح المغارسة أن تكون هذه الأمور ﴿ معلومات ﴾ لفظا أو عرفا . ﴿ وإ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ تكن معلومة جميعاً ﴿ ففاسدة ﴾ تلك المغارسة ولو باختلال أحد هذه الأمور ﴿ وإن اختلف الحكم ﴾ في الفساد فحيث يكون الفساد لكون الغرس ملك الغارس لا ملك رب الأرض تكون الأشجار له[1] لا لرب الأرض ويلزمه

(١) مالم ينوها لمالك الأرض أو جرى عرف أنها لصاحب الأرض ويستحق صاحبها قيمتها يوم وضعها اه

أجرة ماشغل من الأرض بغرسه من أصولها وفروعها والفرج المعتادة بحيث لايمكن الانتفاع به وما بقى من الأرض يمكن الانتفاع به لايلزمه له أجرة لـكونه مأذونا له بالوضع فلا يلزمه إلا قدر ما استغرق فقط ويلزمه له أجرة ما عمل فى الأرض لا لأجل الشجر وإن كان العمل لهما فله حصة الأرض دون حصة الشجر . فأما لو تراضيا على قسمة الثمر فيامضى فلارجوع فيه ويكون مقابلا للأجرة ويثبت التفاسخ فى المستقبل لا فيما مضى. قال فى الوابل « غالباً » احترازا من أن يستأجر الأرض الغارس على غرس أشجار يملـكها الغارس وتـكون الأرض والشجر بينهما فهذه الصورة تصح ويكون كالبيع الضمنى مع الإجارة فـكأنه باع من الغارس نصف الأرض بنصف الغرس وأجرة عمله .

وأما إذا فسدت المغارسة لجهالة المدة أو لجهالة العمل أوالأجرة والغراس من رب الأرض فالحـكم أن الغراس لرب الأرض وعليه أجرة المثل للغارس .

﴿ وكذلك ما أشبهها ﴾ أى أشبه المغارسة من الإجارة نحو أن يستأجر مالك الأرض من يبنى له فيها فلا بد فى صحتهـا أن تـكون آلة البناء مملوكة لرب الأرض مع اعتبار بقية الشروط وكذلك سائر الأعمال كتجصيص بيت ونحوه من الأعمال فلا بد أن يكون الجص ونحوه من المستأجر أى المالك لا من العامل ﴿ إلا ماخصه الإجماع ﴾ فى أن يكون من الأجير كالخيط فى حق الخياط والحبر من النساخ والصبغ من الصباغ فإن الإجماع السكوتى من المسلمين منعقد على صحة الإجارة وإن كانت هذه الأعيان من العامل .

﴿ وما وضع بتعد ﴾ فى أرض الغـير ﴿ من غرس ﴾ أو بناء أو بذر أو ميزاب ﴿ أو غيره ثم ﴾ لا فرق ﴿تنوسخ﴾ من ملك مالـكه إلى آخر أم لا ﴿ فا ﴾ ن أ ﴿جرته وإعناته ﴾ أى جنايته ﴿ على الواضع ﴾ له أى واضع المتعدى فيه وفى تركته إذا مات وتنقض القسمة ولو حكم الحاكم بصحتها ﴿ لا ﴾ على ﴿ المالك ﴾ للمتاع ونحوه

﴿ فى الأصح ﴾ من المذهبين وفى ذلك خمس صور :

﴿ الأولى ﴾ لو بذر شخص بذراً لغيره فى أرض من دون رضاء مالكها بإذن مالك البذر أو بدون إذنه ولم يستهلك البذر بالسقى فالأجرة وضمان الرقبة على الباذر لا على المالك .

﴿ الثانية ﴾ لو غرس رجل أشجاراً فى أرض غيره بدون إذن مالك الأرض ثم وقف تلك الغراس على غيره فالأجرة على الغارس وهو الواقف لا على الموقوف عليه إلا أن يرضى مالك الأرض ببقاء الغراس لزم الموقوف عليه الأجرة بعد رضاء مالك الأرض أو يتصرف فيه الموقوف عليه كانت الأجرة عليه لا على الغارس ، وتكون الأجرة من الغلة إن كان ثمة غلة وإلا فمن بيت المال إذا كان لبيت المال مصلحة بذلك الوقف .

﴿ الثالثة ﴾ لو وضع متاعه فى أرض غيره بدون رضاء مالك الأرض ثم باعه فالأجرة لمدة بقائه والإعنات إذا جنى على الغير يضمنها الواضع لا المالك وهو المشترى قبل أن يقبض المبيع وينقله وأما بعد نقله فعلى المشترى من يوم نقله .

﴿ الرابعة ﴾ لو وضع ميزاباً فى دار إلى طريق مسبلة أو إلى غيرها ثم باع تلك الدار فأعنت الميزاب أى جنى على الغير كان الضمان على الواضع وهو البائع فإن وضعه البنا فعليه لا على الآمر والمغرور يغرم من غرّه فى الخمس الصور ويكون الضمان على الواضع ولو بعد الموت ففى تركته حيث لا عاقلة أو كانت موجودة والجناية دون الموضحة

﴿ الخامسة ﴾ لو حمل رجل متاعاً لغيره بأمره على حامل مغصوب فالأجرة وضمان الرقبة على الواضع إن ساقها المحمل وإلا فعلى السائق ولا شىء على صاحب المتاع .

﴿ وإذا انفسخت ﴾ يعنى فسخت المغارسة أو المزارعة ﴿ الفاسدة ﴾ ولو بموت المغارس الذى له الأرض هذا هو ظاهر عبارة الأزهار وهو الذى فى اللمع والتذكرة ﴿ فلذى الغرس ﴾ وكذا فى البناء يعنى كان لمالك الغرس وهو الغارس ولذى البناء

ونحوهما مع بقاء مدة الإجارة ﴿ الخياران ﴾ وهما إن شاء فرغ الأرض بقلع الغراس ولا أرش للأرض ورجع بنقصان الغراس وهو أن تقوّم الأرض بغراسها[1] وبغير غراس فما بينهما فهو أرش الغراس . وإن شاء تركها لرب الأرض وطلب قيمتها قائمة ليس لها حق البقاء إلا بأجرة ﴿ وفي الزرع ﴾ والشجر المثمر والقضب الذي قد ظهرت فروعه وقصب السكر يثبت له ﴿ الثلاثة ﴾ الخيارات هذان الخياران وخيار ثالث وهو تبقيته في الأرض بأجرة المثل إلى الحصاد أو الصلاح إذا كان لها أجرة لا أصول القضب وقصب السكر فالخياران الأولان .

« نعم » ولا يثبت الخيار في الغرس والبناء والزرع والثمر إلا بثلاثة شروط :

﴿ الأول ﴾ أن تكون مدة الإجارة باقية لا إذا انقضت فيزيله من الأرض ، ولا أرش .

﴿ الثاني ﴾ أن لا يشرط عليه المالك عند عقد الإجارة عدم الخيار .

﴿ الثالث ﴾ أن لا يكون مالك الأشجار أو البناء هو الطالب للفسخ فإن كان هو الطالب أزال ملكه من الأرض ولا أرش إذ قد رضي بإسقاط حقه .

﴿ فرع ﴾ فلو باع مالك الأرض الأرض ثبت الخيار لذي الغرس ولو رجع على المشتري بالأرش أو قيمة الغرس حيث يختار قيمتها ويثبت للمشتري الخيار في الرد على البائع كخيار العيب .

﴿٢٥٩﴾ ﴿فصل﴾

﴿والمساقاة﴾ كالمزارعة والمغارسة ، تنقسم إلى صحيحة وفاسدة : أما ﴿الصحيحة﴾ فلفظها أن يقول : ساقيتك أن تعمل في هذه الأرض أو تعهد لي هذه الأرض بالسقي والإصلاح مدة معلومة ، وأما ماهيتها فهي : ﴿أن يستأجر﴾ مالك الأشجار أو الزرع

(١) وهو ظاهر الأزهار في النصب أثناء فصل ٣١١ في قوله : «ومالا يتقوم وحده فمع أصله»

شخصاً ﴿ لإصلاح الغرس ﴾ أو الزرع بالتنقية والمعاهدة بالسقى لها أورادا معلومة مدة معلومة بأجرة معلومة ولو بجزء معلوم من الأرض أو الشجر أو منهما مشاعا أو معينا ولو بجزء معلوم من الثمر إذا كان قد أدرك الزرع حصاده والثمر نضجه لا قبل ذلك فلا يصح للجهالة ﴿ كما مر ﴾ فى المغارسة سواء بسواء ولا بد أن يكون الماء مملوكا لذى الأرض المسقية أو من حق له أو من مباح ثم يجرى فى مجرى مالك الأرض أو مملوكا ذلك الماء للساقى موجودا فى ملكه ويكون بيعاً ضمنياً مع الإجارة ولو لم يأت بلفظ البيع . أما لو كان الماء من مباح لا يجرى فى مجرى مالك الأرض أو فى ملك الساقى وهو غير موجود حال العقد لم تكن المساقاة صحيحة لأنه يكون بيع معدوم .

﴿ و ﴾ إذا اختلف الزارع وصاحب الأرض فقال الزارع شرطت لى أجرة النصف وقال رب الأرض بل الثلث أو قال رب الارض غرسك وعملك بلا إذن ، وقال بل بإذن كانت البينة على الأجير ﴿ والقول لرب الأرض ﴾ فيهما أى ﴿ فى القدر المؤجر ﴾ المراد حيث ادعى الأجير أكثر مما أقر به المالك لا لو كان العكس فالقول قول الأجير . « وحاصله » أن البينة على مدعى الأكثر فى قدر المؤجر ﴿ ونفى الإذن ﴾ لأن الاصل كون منافع أرضه جميعها له وكون التصرف بلا إذن .

﴿ و ﴾ أما إذا اختلفا ممن البذر ليأخذ الزرع والارض والزرع فى يد أحدهما كانت البينة على الخارج والقول ﴿ لذى اليد عليها فى ﴾ أن ﴿ البذر ﴾ أو الغرس منه لأن الظاهر معه إن أمكن أنه منه . وأما إذا كانت مدة اللبث يسيرة لا يمكن فيها فلمن قبله ثم بينهما وبين من ادعى أنه منه . فإن كانت اليد لهما فلهما، ومن ادعى أنه منه فعليه البينة فإن كانت اليد لثالث كان لمن أقر له فإن أقر لواحد منهما غير معين أو أقر لهما كان لهما، وإن أنكرهما فله وإن سكت فلمالك الأرض .

﴿٢٦٠﴾ باب الاحياء والتحجر

﴿فصل﴾

﴿ و ﴾ يجوز ﴿ للمسلم فقط الاستقلال بإحياء أرض ﴾ ميتة ولو كان صبياً أو مجنوناً لأن المعتبر فى الاحياء والتحجر قصد الفعل فقط ولو بدون إذن الإمام . وقوله للمسلم فقط يعنى لا للذمى فلا يجوز له إحياء الموات ولو فى خططهم ، وليس للامام أن يأذن له بذلك ولو لمصلحة . وأما الحطب والحشيش فيملكها الذمى بالإحراز والنقل . « نعم » وإنما يجوز للمسلم الاستقلال بإحياء الموات بشرطين :

﴿ أحدهما ﴾ أن تكون تلك الأرض ﴿ لم يملكها ولا تحجرها مسلم ﴾ سواء كان معيناً أم غير معين ﴿ ولا ﴾ ملكها ﴿ ذمى ﴾ فإن كان قد ملكت الذمى فلا يجوز إحياؤها فإن التبس مالكها الذى صرفها الإمام أو الحاكم ولو من جهة الصلاحية إلى مصالح دنيا أهل الذمة كناهلهم وطرقهم فإن لم يوجدوا ففى المسلمين . وأما الحربى فيجوز إحياء أرضه ولو كان مالكا لها .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثانى ﴾ أن ﴿لا﴾ يكون قد ﴿ تعلق بها حق ﴾ عام أوخاص فإن كان قد تعلق بها حق لم يجز الاستقلال بإحيائها : أما الحق العام فنحو بطون الأودية وهو كل واد يسقى به قوم غير محصورين كوادى بيش ، ومور ، وسردد ، وسهام ، ورماع ، وزبيد ، وبنى ، وغيرها فجارى هذه الأودية قد تعلق بها حق عام لأهلها فليس لأحد إحياؤه ، ومما تعلق به حق عام محتطب القرية والمصر ومرعاها ومرافقهما ولو بعدت فليس لأحد إحياؤهما ولو كان من أهل ذلك المحل ولو بعمارة دار لا تضر بهم ، ومن الحق العام الطريق المسبلة ، وأما الحق الخاص فنحو الطريق المملوكة المشروعة بين الأملاك وحمى الدور والأنهار المملوكة لمنحصرين ونحو ذلك فحكمها كذلك .

﴿ و ﴾ يجوز الإحياء للحق ﴿ بإذن الإمام ﴾ أو الحاكم ولو من جهة الصلاحية ﴿ فيما لم يتعين ذو الحق فيه ﴾ بأن يجهل صاحب الحق وهو منحصر أو كان معلوماً لا ينحصر كبطون الأودية فإنه يجوز إحياؤها بإذن الإمام . وأما أخذ أشجارها وثمارها فيجوز بغير إذن . قال فى حاشية السحولى : « ولكن مع بقاء الحق يجوز الإحياء للحق بشروط ثلاثة : إذن الإمام ، وعدم الضرر ، والمصلحة العامة » كمسجد ومعهد » ومع تحول الحق إلى مباح أى تحول مجرى الماء عن الوادى إلى مباح بشرطين : إذن الإمام ، وعدم الضرر » ولو على واحد فى الحال أو فى المآل والمعتبر فى المصلحة وقت الإذن ولا عبرة بما بعده . ويورث عنه إذا ملكه الإمام أو الحاكم وإن لم يكن فى الوارث مصلحة ومن أحيا الحق بدون تلك الشروط لم يثبت له حق ولا ملك فيرفع سواء كان فى الأودية أو السكك ، وبالشرط المذكور يصح الإحياء . قال فى شرح المنهاج : « إلا عرفة ، ومزدلفة ، ومنى ؛ فلا يجوز إحياؤها لتعلق حق الوقوف فى الأول ، والمبيت فى الآخرين » ﴿ وإلا ﴾ يكن ذو الحق مجهولا بل معيناً ﴿ فالمعين ﴾ لا يجوز إحياؤه إلا بإذن صاحب الحق ، وذلك نحو محتطب القرية ومراعاها حيث أهلها منحصرون ، وبطن الوادى المنحصر أهله والطريق المنسدة فمن أراد إحياء هذه الحقوق فلا بد من إذن أهلها جميعا وإذن ولى الصغير أو المجنون إذا كان للصغير أو المجنون مصلحة فى الاذن وإلا فلا ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من صورة فإن الحق فيها لمعين وهو يجوز إحياؤها بإذن الإمام وذلك حيث يتحجر أرضاً فتحجر ولا يحييها حتى تمضى ثلاث سنين فإن لغيره أن يحييها بإذن الإمام بعد العرض عليه أو مراسلة الغائب فأما بغير ذلك فلا .

﴿٢٦١﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان ما يثبت به الإحياء وما يثبت به التحجر ﴿ و ﴾ اعلم أن الإحياء ﴿ يكون ﴾ بأحد أمور ستة :

﴿ الأول ﴾ إما ﴿ بالحرث ﴾ ﴿ والزرع ﴾ وهو إلقاء البذر ولو فى أرض بيضاء أى خالية عن الأشجار فإنه يثبت به الإحياء وإن لم يثبت البذر . وأما التى فيها الشجر فإذا قلع شجرها بحيث تصلح للزرع فقد ملكها ولو لم يزرعها . « والحاصل » أن كلما جرى به عرف أنه يوجب الملك ملك به .

﴿ الثانى ﴾ قوله ﴿ أو الغرس ﴾ ولو فسدت الغرايس فإن الغارس يملك موضع الغراس والفرج المعتادة بينها وما زاد فحق ﴿ أو امتداد ﴾ فزرع ﴿ الكرم ﴾ ونحوه سواء كان مما يراد به البقاء كالنخل ونحوه أم لا كالزرع والدباء إذا امتدت فروعه على مباح ولو على الصفا فإنه يوجب ملك ما امتدت عليه ﴿ أو إزالة الحجر ﴾ من الأرض وهو شجرها ﴿ والتنقية ﴾ لها حتى تصلح للزرع وإن لم تزرع وتملك الشجر بالتهذيب .

﴿ الأمر الثالث ﴾ قوله ﴿ واتخاذ حائط ﴾ على الأرض التى أراد إحياءها ليمنع الداخل من الخروج والخارج من الدخول إلا بتكلف وهو ما زاد على المعتاد فإنه يملك الأرض وما فيها من أشجار وكلأ وإن لم ينصب الأبواب .

﴿ الامر الرابع ﴾ قوله ﴿ أو ﴾ اتخاذ ﴿ خندق قعير ﴾ على الارض والقعير هو ما يمنع الداخل من الخروج والخارج من الدخول إلا بتكلف .

﴿ الخامس ﴾ قوله : ﴿ أو ﴾ اتخذ ﴿ مسنا ﴾ أى عرما ﴿ للتدير ﴾ وهو أن يجعل حوليها ترابا يمنع الماء من الخروج سواء كان العرم من جهة إذا حصل به منع

الماء أم ﴿ من ثلاث جهات ﴾ ويبقى جهة لدخول الماء وسواء رفع تراب العرم من داخل الأرض أم من خارجها فإنه يملك ماداخله ويملك فى الجهة الرابعـة للعرف إلى حيث يمتد الماء تحقيقاً أو تقديراً كالأشجار إذا امتدت ويثبت الحق فى الاصباب وفيما حول الاعرام ، وكذا من نصب خيمة يثبت له فى محلها حق فقط لاعتبار انتقالهم بخلاف المشش التهامية فـكالبناء يثبت بها الملك إذا بنيت فى مباح .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر السادس ﴾ من أسباب الاحياء أنه يحصل ﴿ بحفر فى معـدن أو غيره ﴾ فمن حفر حفيراً لاستخراج معدن كالنفط والـكبريت والقار وغيرها أو حفر لغير ذلك ملك ظاهر ذلك الحفير لا أعماقه فليس له فيه إلا حق فقط .

﴿ فرع ﴾ الوقيرة وحفر الدفن فى الصفا يثبت لفاعلهما الملك كحفر المعدن .

﴿ ويعتبر ﴾ فى ثبوت الملك بهذه الأمور ﴿ قصد الفعل ﴾ فى الاحياء والتحجر ولو من صبى أو مجنون ﴿ لا ﴾ قصد ﴿ التملك ﴾ فلا يعتبر فلو أحرق أو قطع الشجر أو بنى أو حفر ملك وإن لم يقصد الملك فأما لو لم يقصد الفعل نحو أن يضع ناراً فى مكان فتعدت بهبوب الريح إلى موضع لم يقصد إحراق شجره لم يملك ذلك الموضع وأما لو تعدت النار بالاتصال فيملك أينما بلغت وإن لم يقصد . ﴿ و ﴾ إذا أحيى موضعاً بأحد الأمور التى تقدمت فإنه ﴿ يثبت به الملك ﴾ ولو عطله ولو لم يستعمله بزرع أو غيره فملكه باق ﴿ ولا يبطل بعوده كما كان ﴾ قبل الاحياء إذا لم يتركه رغبة عنـه ، وكذا سائر الأملاك تخرج عن الملك بالرغبة عنهـا ولا فرق بين المنقول وغير المنقول ولا يصح رغبة الصبى والمجنون لأنه لايصح تصرفهما فى ملـكهما فأما لو تركها رغبة كما يفعله كثير ممن يقصد الاحتطاب والاحتشاش فإنه إذا أحياها غيره بعـد ذلك ملـكها المحيى كمن سيّب الدابة رغبة عنها والقول قوله فى عدم الرغبة ما لم يكن الظاهر خلافه فلو أحياها محى ظناً منه أنها تملك ثم انـكشف ملـكها لزمه لمالـكها الأجرة .

﴿ و ﴾ الإحياء والتحجر ﴿ لا يصح فيه ﴾ ما ﴿ و ﴾ لا ﴿ فى نحوه ﴾ ما

﴿ الاستئجار ﴾ على فعلهما ﴿ و ﴾ لا ﴿الاشتراك والتوكيل﴾ فيهما فلو استأجر أجيراً يحيي له أرضاً أو يتحجرها أو نحوها وهو أن يصطاد له أو يحتش أو يحطب أو يسق لم يصح الاستئجار ، وكذا لو عقد اثنان شركة فى ذلك أو وكل رجل غيره لم يصح ولو نواه للغير ﴿ بل يملكه الفاعل ﴾ ولو كان صبياً غير مميز إذا فعل ولا أجرة له من العامل ﴿ فى الأصح ﴾ من المذهبين إلا إذا أمر أن ينصب الشبكة فإنه يكون للآمر، وكذا إذا أمر بنزع الماء من بئر ولو كان المأمور صبياً فإنه يصح أن يؤجره وليه وتكون الأجرة صحيحة والماء للمستأجر ، وأما من قطع شجرة مكرهاً فهي له لبطلان الأمر وتجب له الأجرة على العمل .

﴿ فرع ﴾ ولو قال رجل لآخر احفظ لى مكانا أو المكان الفلانى فى المسجد كان الحق فيه للحافظ ، وكذا من سبق إلى بقعة فى المسجد فهو أحق بها حتى ينصرف إلا مع عزم العود فوراً كما لو خرج للرعاف أو تجديد الوضوء فهو أحق به إذا عاد إليه أو من اعتاده لتعليم أو نحوه استحقه كالحرف فى الأسواق .

﴿٣٦٢﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان التحجر وحكمه ﴿والتحجر﴾ يثبت ولو زاد على كفاية المتحجر ﴿بضرب الاعلام فى الجوانب ﴾ مع قصد الفعل فمن أراد أن يتحجر أرضاً أو شجراً ضرب أعلاماً فى جوانبها إما بنصب أحجار متفرقة لا مجتمعة فتوجب الملك أو يجعل علامات فى جوانبها كالنورة والجص أو اتخاذ خندق غير قعير أو تعليق أغصان الشجر بعضها إلى بعض فإنه يصير متحجراً لما وراء ذلك فأما نفس الخندق فيملكه بالحفر .

﴿ فرع ﴾ ومن لم يفعل أحد هذه الأشياء ولكن اتخذ محجراً يمنع الناس منه فإنه لا يجوز له ذلك ولا يثبت إلا بإذن الإمام .

﴿ نعم ﴾ والتحجر ﴿ يثبت به الحق ﴾ وهو أنه ووارثه أولى به من غيره ﴿ لا ﴾

أنه يثبت به ﴿ الملك فيبيع أو يهب لا بعوض ﴾ لأن الحقوق لايجوز بيعها ويصح له الرجوع في هبة التحجر ولو قد حصل أحد الموانع لأن هبته إباحة فإن وهبه أو أباحه بعوض فللمتهب أن يرجع به مع البقاء والتلف . ﴿وله﴾ أي للمتحجر ﴿منعه﴾ أي المتحجر من الغير ﴿ و ﴾ له ﴿ ماحاز ﴾ من الأشجار ونحوها الحاصل حال التحجر لأنه قد صار أحق به من غيره ﴿ ولا يبطل ﴾ حق المتحجر ﴿قبل مضي ثلاث سنين﴾ من يوم تحجره ﴿ إلا بإبطاله ﴾ لفظا أو قرينة ولو قبل مضي الثلاث السنين ﴿ ولا ﴾ يبطل حقه بالإحياء ﴿ بعدها ﴾ أي بعد مضي الثلاث السنين ﴿ إلا به ﴾ أي بإبطاله ﴿أو بإبطال الإمام﴾ أو الحاكم ولو من جهة الصلاحية ولا يبطل حقه إذا ترك عمارتها أو امتنع فإن كان غائباً راسله وأجرة الرسول من مال المصالح فإن لم يكن أو كان غائباً بريداً فعل الإمام أو الحاكم مايرى من الصلاح من إبطال حقه أو عمارته له ﴿ ولا ﴾ يبطل التحجر ﴿ بإحيائه غصباً ﴾ فمن أحيا المتحجر عالما أنه متحجر أو جاهلاً لم يملكه ولو أبطل المتحجر حقه بعد إحياء الغاصب فلا يكون إحياؤه كافياً بل لابد من إحياء آخر بعد إبطال المتحجر حقه. قال في حاشية السحولي : « ويجوز للمتحجر قلع زرع الغاصب من الموضع المتحجّر كالملك وكذلك مافعل في سائر الحقوق تعدياً فلصاحب الحق إزالته ولم يستحق أجرة على مافعل به لأن تأجير الحقوق لا يصح كما لايصح بيعها ولا كراء على المحيي للمتحجر غصبًا لا للمتحجر ولا لبيت المال في الأصح» ﴿ قيل ﴾ هـذا القول للقاضي زيد ﴿ والكراء لبيت المال ﴾ وهو خلاف المذهب وقد أشير إلى ضعفه بقوله قيل . ووجه الضعف أن الأرض لم يملكها بيت المال بإحيائها وإذا لم يملكها لم يكن الكراء في مقابلة شيء يستحقه بيت المال فلا وجه للزومه .

﴿ والشجر ﴾ النابت ﴿ فيه ﴾ أي في الموضع بعد التحجر ﴿ وفي غيره ﴾ من الأملاك مما لاينبت في العادة ﴿ كلأ ﴾ أي لايملكه صاحب الموضع فمن اقتطعه ملكه وإن أثم باستعمال الملك والحق حيث لم يجر عرف بالرضاء ﴿ ولو ﴾ كان ذلك الموضع

الذى فيه الشجر ﴿ مسبلا ﴾ على مسجد أو آدمى فالحكم كذلك إذا كان مما لا ينبت فى العادة فمباح وإن كان مما ينبت تبع الأرض وكان لمن كانت الأرض مسبلة له ﴿ وقيل ﴾ القول للمؤيد بالله ومعنى قوله : ليس الحكم كذلك بل أن الشجر النابت ﴿ فيه ﴾ أى فى الوضع بعد التحجر ﴿حق﴾ يكون صاحب الموضع أولى به سواء كان الشجر مما ينبت فى العادة أم مما لا ينبت ﴿ و ﴾ هو ﴿ فى ﴾ الموضع ﴿ الملك ملك ﴾ لصاحب الموضع ﴿ وفى ﴾ الموضع ﴿ المسبل يتبعه ﴾ فإن كان للمسجد فالشجر له وإن كان لغيره فهو له حسب الحال ﴿ وفى غيرها ﴾ أى فى غير هذه الأشياء ﴿ كلأ ﴾ فمن سبق إليه فهو أولى به . هذا مذهب المؤيد بالله ولهذا أشار الإمام عليه السلام إلى ضعفه بقوله قيل والصحيح للمذهب ماقدمنا إن كان مما لا ينبته النـاس فى العادة فمباح فى هذه الأشياء وإن كان مما ينبت فى العادة تبع الأرض .

﴿٢٦٣﴾ باب المضاربة

هى مشتقة من الضرب فى الأرض بمعنى السفر لأن التجارة تستلزم السفر غالبا قال تعالى « وإذا ضربتم فى الأرض » أى سافرتم وقيل المضاربة مشتقة من الضرب فى مال التجارة وهو التصرف وقيل من الربح لأن كليهما يضرب له بسهم فى الربح، وأهل العراق يسمونها مقارضة ، وأهل الحجاز يسمونها القراض وهو القطع وفيها معنى الإجارة والوكالة والشركة .

﴿ فصل ﴾

﴿ شروطها ﴾ أمور ستة : ﴿ الأول ﴾ ﴿ الإيجاب بلفظها ﴾ نحو ضاربتك أو قارضتك أو خذه مضاربة ﴿ أو ما فى حكمه ﴾ وهو أن يأمره بالتصرف ليتقاسما فى الربح ﴿ و ﴾ من تمام الشرط الأول القبول وهو أن يقول قبلت أو تقدم السؤال

نحو أن يقول المضارب[1] ضاربتنى فيقول المالك ضاربتك أو ضاربت ﴿أو الامتثال﴾ إما من المالك أو من المضارب نحو أن يشرع فى العمل أو يقبض المال للعمل ولو ﴿على التراخى﴾ لأنه كالوكالة لايشترط المجلس فى قبولها ولا يضر التراخى ﴿ما لم يرد﴾ أو يمتنع حيث جرى عرف أن الامتناع رد أو يرجع الموجب قبل القبول فإن رد لم يصح قبوله من بعد إلا أن يعاد الإيجاب .

﴿الشرط الثانى﴾ أن يقع العقد ﴿بين جائزى التصرف﴾[2] بأن يكونا بالغين عاقلين حرين أو عبدين ، أو صبيين مأذونين غير محجور مال المضاربة من لدى حاكم .

وأما بيان المضاربة فهو أن يقع العقد ﴿على مال من أيهما﴾ فيصح أن يضارب المسلم المسلم ، ولو كانا فاسقين فإن اختلف مذهب المالك والعامل فلا يتصرف إلا فيما يستجيزانه معا ، وأن يضارب الكافر الكافر ، والكافر المسلم ﴿إلا﴾ أن يكون المال ﴿من مسلم لكافر﴾ لم يصح لأنه يستجيز مالا يستجيز المسلم فإن فعل كان أجيراً مشتركا .

﴿الشرط الثالث﴾ أن يعقدا على مال ﴿معلوم﴾ تفصيلا حال العقد فلو كان مجهول القدر لم يصح لئلا يلتبس الربح برأس المال إلا أن يعلم قبل التصرف .

﴿الشرط الرابع﴾ أن يعقدا على ﴿نقد﴾ ولو من أجناس وأنواع مما ﴿يتعامل به﴾ فى الحال ولو كان النقد قديما أو مغشوشا إذا كان يتعامل به . ولا تصح المضاربة فى سبائك الذهب والفضة ولا فى الفلوس لأنها كالعروض تقوم بالدنانير والدراهم ولو تعامل الناس بها فالتعامل لايخرجها عن كونها قيمية ومن حق العقد أن يكون على نقد ﴿حاضر﴾ فى مجلس عقدها ولا يشترط القبض فى المجلس ﴿أو﴾ ما ﴿فى حكمه﴾ والذى فى حكمه نحو أن يعقد المضاربة فيقول ضاربتك فى مائة درهم

(١) يقال للعامل فى المضاربة مضارب وليس للمالك اسم مشتق منها اه .
(٢) بناء على الأغلب وإلا فيصح أن يتولى طرفيها واحد اه .

ثم يعطيه عرضًا يأمره ببيعه ويجعل ثمنه مالها ولو تراخى عن ذلك ولم يفعله فى المجلس. ويصح أيضا أن يأمره ببيع العروض ثم يضارب نفسه فى ثمنها ، قال فى الكواكب: نحو أن يقول ضاربتك فى ثمن هذا متى بعته ، وكذا لو قال متى بعته فقد ضاربتك فى ثمنه ، أو يقول متى بعته ضاربت نفسك فى ثمنه ولا يشترط بيان قدر الثمن .

﴿ فرع ﴾ ولا يصح أن يضاربه فى دين عليه له إلا بعد أن يقبضه منه ثم يدفعه إليه مضاربة أو يأمره بقبضه له من نفسه ثم يضارب نفسه أو يقول قد ضاربتك متى قبضته لى . وإذا ضاربه فى الدين الذى عليه له من غير قبض له ولا أمر بقبضه للمضاربة فهى مضاربة فاسدة فما اشتراه كان للآمر ويلحقه ربحه وخسرانه وللعامل أجرة مثله وهو ضامن لأنه أجير مشترك ويبرأ من الدين الذى كان عليه .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الخامس ﴾ هو أن يبينا ﴿ تفصيل كيفية الربح بينهما لنصفين أو مثل ماشرط فلان لعامله ولو جهلا فى الحال وعلما فى الوقت التالى ولو عند القسمة فإن اختلفا فيه من بعد فالبينة على العامل ولا تقبل فيه شهادة فلان وعامله لأنها على فعلهما ولا يكفى أن يقول والربح بيننا أولى ذلك إلا أن يكون ثمة عرف أنه بينهما نصفين أو ثلاثا صح حيث لايختلف العرف أو كان يختلف وثمة غالب . قال فى التفريعات[1] « فإن قال على أن نكون شريكين فى الربح صحت وكان نصفين فإن قال على أن يكون الربح لى صح وكان العامل متبرعاً وديماً مأذوناً له بالتصرف فإن قال على أن يكون كله لك فقال فى مهذب الشافعى والكافى يكون قرضا ، وإذا عقدها على شرط فى الربح بينهما ثم تراضيا من بعد على زيادة فيه أو نقصان صح » .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط السادس ﴾ ﴿ رفض كل شرط يخالف[2] موجَبها ﴾ بفتح الجيم فإن ذكر شرط مخالف لموجبها فسدت نحو أن يقول العامل أو المالك ولى من الربح

---

(١) نقلا عن البيان اه .

(٢) أما إذا كان الشرط لازما لايقتضى مخالفة موجبها فلا بد أن يكون مقارنا للعقد اه .

درهم فهذا يقتضى رفع موجبها لأن موجبها أن يقسما الربح وحيث شرط درهم لأحدهما قد لايحصل إلا هو فيستبد به المشروط له ويبقى الآخر بلا ربح ومن ذلك أن يقول العامل واستنفق من مال المضاربة وإن كنت مقيما ، فهذا يقتضى مخالفة موجبها لأن موجبها أن لا يأكل من مال المضاربة إلا فى حال السفر فقط أو شرط أن يكون الخسر على المالك أو عليهما أو شرط أن لايبيع أو لايشترى إلا من فلان لجواز أن يموت أو يمتنع الفلان أو شرط نفقة خادم للعامل أو لغيره فمثل هـذه الأمور يشترط فى صحة المضاربة تركها فإن ذكر شىء منها فسدت المضاربة . أما لو قال المالك على أن لى النصف ونصفا مما يحصل لك فإن كان ثمة عرف أن يأخذ المالك نصفا من الربح ثم نصف النصف فيكون له ثلاثة أرباع الربح صح ذلك الشرط وصحت المضاربة وإن لم يجر عرف كذلك فسدت المضاربة إذ يؤدى إلى أن كل ماصار فى يد العامل من الربح أخذ المالك نصفه على حسب الشرط حتى يستغرق جميع مافى يد العامل من الربح .

﴿ فرع ﴾[1] فلو ذكر نصيب المالك من الربح دون نصيب العامل فسدت لأن العامل لايستحق شيئاً إلا بالذكر ولو فهم من قول المالك لى نصف أن للعامل النصف الآخر فلا يكفى ذلك إذ لابد من ذكره صريحا وفى العكس تصح المضاربة وهو أن يقول المالك لك نصف الربح إذ قد بين ما للعامل ولا يضر سكوته عما له .

﴿٢٦٤﴾ ﴿ فصل ﴾

فى أحكام تتعلق بالمضاربة ﴿ و ﴾ هو أنه ﴿ يدخلها التعليق ﴾ بوقت معلوم نحو إذا جاء رأس شهر كذا فقد ضاربتك ، أو مجهول نحو إذا جاء زيد فقد ضاربتك ويعتبر قبض المال عند حصول الشرط ﴿ و ﴾ يدخلها ﴿ التوقيت ﴾ نحو ضاربتك فى

(١) يستفاد من البحر اهـ .

هذا المـال سنة فتنقضى المضاربة بانقضاء السنة وليس له بيع السلع بعدها إلا حيث كان فيه ربح وإلا فلا ولاية له لأنه قد انعزل بانقضاء الوقت ﴿و﴾ يدخلها ﴿الحجر﴾ للعامل ﴿عما شاء المالك﴾ من الأمور سواء كان حال العقد أم بعده قبل التصرف أم بعده قبل حصول الربح نحو أن يقول لا تتجر فى الجنس الفلانى ، أو لا تشتر من فلان أو لا تشتر بعد سنة أو بعد الخسر أو لا تسافر أو لا تبع بنسأ أو فى بلد كذا أو لا تتجر إلا فى جنس كذا فإنه يصح هذا الحجر ولا يمنع من صحتها[1] (غالباً) احترازاً من بعض الصور فإنها تفسد العقد إذا ذكرت ، « منها » أن يقول : لا تبع إلا من فلان فإن هذا الشرط يفسدها كما مرّ ، « ومنها » إذا قال لا تبع إلا بنسأ ومراده لأجل زيادة الثمن فى البيع بنسأ فسـد العقد ، « ومنها » لو شرط عليه أن لا يبيع بعد سنة أو بعد الخُسْر فسد العقد ﴿فيمتثل العامل والا﴾ عتثل بل خالف أمره أو غرضه فيما حجر عليه أثم و ﴿ضمن التالف﴾ من المـال فإن لم يتلف المال لم ينعزل إذا خالف فيما هو حفظ كالسفر والنسيئة والمـكان كما يأتى . وإن خالف فى التجارة كشراء ما نُهِى عنه أو ممن نُهِى عنه أو بعد الخسر وقد نهاه فإنه ينعزل فى تلك الصفقة فقط فإن أجاز المالك تصرفه بعـد ذلك صح إن أضاف الشراء إلى المالك لفظاً أو نية . ثم إن لم يربح فلا شيء له وإن ربح فله الأقل من المسمى وأجرة المثل لأنه فساد طارئ وإن لم يجز المالك فإن أضاف إليه باللفظ رد المبيع على البائع وكذا إذا أضاف بالنية وصادقه البائع أو عـلم الحاكم أو بين على إقرار البائع فإن لم يصادقه لزم العامل مال التجارة لنفسه ظاهراً لا باطناً لأنه أضاف بالبيّنـة وكان الربح للبائع لـكنه قد أباحه للمشترى ، وهذا إذا شراه بعين مال المضاربة فأما لو شراه بغيره أو إلى الذمة كان الربح له ولو دفع مال المضاربة . فإن لم يجز ولم يضف الشراء إليه لزم

(١) وإن أمره بالبيع بألف فباع بألف ومائة أو بألف وعرض صح منه لأنه مأمور بما فيه صلاح لا من الوكيل فى الأخير لأنه خالف فى جنس الثمن اه بيان .

المضارب مال التجارة لنفسه .

﴿ و ﴾ اعلم أن العامل إذا أطلقت له المضاربة ولم يذكر فيها حجر ولا تفويض جاز ﴿ له فى مطلقها كل تصرف إلا الخلط والمضاربة والقرض والسفتجة[1] ﴾ فليس للمضارب شيء من ذلك بغير إذن أو عرف بذلك إلا أن يكون قرضه لمصلحة جاز وقد يجب إذا خاف على المال من ظالم فإن لم يفعل مع التمكن ضمن ، والسفتجة هى عبارة عن أخذ حوالة فى مال المضاربة إلى بلد آخر فهو ممنوع فيها إذا كانت فى قرض بحيث يؤدى الربى نحو أن يقرض شخصاً على أن يجعل له فيما أقرضه سفتجة إلى محل كذا فلا يجوز ذلك وأما إذا لم يكن فيها ربا جاز ذلك نحو أن يعطى المضارب شخصاً مالا من مال المضاربة وهو يعطيه فى مقابله سفتجة أى حوالة إلى محل آخر لا على وجه القرض بل على وجه المعاوضة والانتفاع جاز ذلك فعلى هـذا له أن يبيع بنساء مدة معتادة من وفى وأن يسافر سفراً معتاداً وأن يشترى ما رآه مصلحة وأن يستأجر معه أجراء للتجارة والإعانة ويودع ويرهن ويرتهن .

﴿ فإن فوض ﴾ العامل نحو أن يقول رب المـال واعمل برأيك أو قد فوضتك فيه ولم يكن المـال قد زاد أو نقص ﴿ جاز ﴾ له الحكمان ﴿ الأولان ﴾ وهما الخلط والمضاربة لأنهما نوع من التصرف الذى يجلب الفائدة فيدخلان فى التفويض ﴿ وإن شارك ﴾ العامل ﴿ الثانى ﴾ الأول ﴿ فى الربح ﴾ لم يضر نحو أن يدفع المال على أن يكون نصف الربح لرب المال والنصف الآخر بينهما نصفين فيأخذ العامل الأول ربماً إلى مقابل عقد المضاربة مع الثانى وقبض الربح منه وتسليمه للمالك ﴿ لا الآخران ﴾ وهما القرض والسفتجة فلا يجوزان له لأن فيهما تعرضاً للخطر من غير فائدة مرجوة

(١) السفتجة كقرطقة فارسية معربة نحو أن تعطى مالا لرجل فيعطيك خطاً خوفاً من غائلة الطريق يمكنك من استرداد ذلك المال من عميل له فى مكان آخر جمع سفاتج اهـ من شفاء الغليل فيما فى كلام العرب من الدخيل .

فلم يكف التفويض ما لم يعينهما له بالإذن ﴿ إلا لعرف ﴾ بالأولين والآخرين أو بعضها جاز وإن لم يكن ثمة تفويض والعبرة بعرف العامل إن كان من أهل التجارة أوعرف جهته إن لم يكن .

﴿٢٦٥﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان حكم المؤن التى يحتاج إليها فى المضاربة . ﴿ و ﴾ اعلم أن ﴿ مؤن المال كلها ﴾ من كراء وعلف بهيمة وأجرة دلال وغير ذلك تكون ﴿من ربحه﴾ أو فوائده كالصوف والنتاج وغيرهما ﴿ ثم ﴾ إن لم يكن ثمة ربح ولا فوائد كانت ﴿ من رأسه ﴾ أى من رأس المال ولو أدى إلى استغراق المال أو زيادة عليه جاز ذلك ويرجع على المالك إن نوى الرجوع ﴿ وكذا ﴾ يلزم من الربح فقط لا من رأس مال المضاربة ﴿ مؤن العامل وخادمه ﴾ إذا كان ممن لا يخدم نفسه وهدايا الأمراء إن صلحت بها التجارة ، ويصح شرط عدم الإنفاق للعامل ويلزم الشرط وله أن يرجع فى وجه المضارب إلا أن يكون هذا الشرط فى مقابلة جزء من الربح لم يصح الرجوع .

وإنما يصح أن تكون المؤن من الربح بشروط أربعة :

﴿ الأول ﴾ أن تكون هذه المؤن هى ﴿ المعتادة ﴾ فى مثل ذلك المال لمثل ذلك التاجر من طعام وشراب وكسوة ومركوب ومسكن فإن فضل شىء من نفقته وكسوته رده بعد وصوله بلده وما زاد على المعتاد أو كان نادراً غير معتاد كالحجامة والأدوية والنكاح وإن اضطر إليه فعلى العامل .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون ذلك ﴿ فى السفر فقط ﴾ بعد الخروج من الميل إذا كان عازماً بريداً لا فى حال إقامته ببلده ولو كان مشتغلا بالمضاربة لم يجز له الاستنفاق من مال المضاربة فإن أقام السفر استنفق منه ﴿ مهما اشتغل بها ﴾ حفظا وتصرفا أو أحدهما ، وهذا هو الشرط الثالث فإن كان المقصود فى سفره أو إقامته فى

السفر غير الإشتغال بالمضاربة نحو أن يسافر لها وللحج وهو المقصود فلا شيء من مال المضاربة حتى يشتغل بها فإن هي المقصودة فمنه حتى يشتغل به فإن اشتغل بهما كانت المؤن على حساب أجرة حاج ومال المضاربة فإن كان سفره لمالها مثلا يستغرق عشرة دراهم ومع عدمها خمسة لكونه يسلك طريقاً سهلة للمؤنة فانه يكون حصة مال المضاربة سبعة ونصف . وكذا لو كان المقصود بالسفر مال المضاربة وتجارة له أو لغيره فإنه يقصد كذلك على قدر المنفعة .

﴿ فرع ﴾ فلو تفاسخا حال السفر ومالها دين على الغير فعليه أن يقتضيه ويستنفق من الربح فى مدة المطالبة لا مدة الرجوع .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الرابع ﴾ أن يكون فى الربح سعة بحيث ﴿ لم يوجد استغراق الربح ﴾ بالإنفاق ﴿ فإن ظن كثرته بحيث يبقى بعد الاستغراق بقية ولو يسيرة جاز له الاستغراق وإن ظن قلته بحيث لو استنفق منه لم يبق شيء لم يكن له الاستغراق وله أن يستنفق الذى لايجوز معه الاستغراق ، فإن ظن أنه يستغرق لواستنفق وانكشف كثرة الربح بحيث لو استنفق لم يستغرق فإن نوى بما أنفقه على نفسه الرجوع على الربح كان له الرجوع . وإن لم ينو لم يكن له ذلك . وعكس هذه الصورة لو ظن عدم الاستغراق فاستنفق فإن لم يستغرق بل بقى بقية لم يضمن ما قد استغرق ولو كان حال الإقدام على الاستنفاق من الربح متيقناً أنه يستغرق لو استنفق المعتاد لكن عزم أنه يستنفق ويبقى بقية كان له ذلك ولا يغرم ما قد استنفق وإن استنفق واستغرق ضمن للمالك ما يتقسم بينهما مثل درهم أو نحوه ﴿ و ﴾ إذا عرض للعامل مرض أو حبس فى حال سفره منعه من التصرف وأراد أن يستنفق من الربح ﴿ فى ﴾ حال ﴿ مرضه ونحوه ﴾ كحبسه وخوفه ففيه ﴿ تردد ﴾ للإمام عليه السلام لا للمذاكرين فلا تردد ، وفى المسئلة قولان : الاستنفاق ، وعدمه ، والمختار أنه إذا اشتغل بها مع المرض ونحوه كأن يحبس لأجلها أو حبس أو مرض وهو يتصرف فيها استنفق ،

من ربحها مع الاشتغال بها وإلا فلا ﴿ فإن أنفق ﴾ العامل على مال المضاربة ﴿ بنية الرجوع ﴾ على مال المضاربة ﴿ ثم تلف المال ﴾ أى مال المضاربة ﴿ بين ﴾ على ذلك ﴿ وغرم ﴾ له ﴿ المالك ﴾ من خالص ملكه ﴿ وصدقه مع البقاء ﴾ فى المؤنة التى على مال المضاربة من نفقة وغيرها لا فى مؤنة نفسه فلا يستحق الرجوع لعدم الربح وإن كان المال قد تلف جميعه بين على الغرامة ويقبل قوله فى نية الرجوع على المالك بما غرم لأنه لا يعرف إلا من جهته ، وإن كان قد تلف البعض وبقى البعض قبل قوله فى الغرامة على رأس المال فى قدر الباقى من ملها لا التالف فيبين على غرامته عليه ويقبل قوله فى نية الرجوع على المالك بما غرم .

﴿ ولا ﴾ يجوز للعامل أن ﴿ ينفرد بأخذ حصته ﴾ من الربح بغير حضور شريكه سواء كان الربح مما قسمته بيع[1] أم إفراز لأنه لو أخذ نصيبه فى غيبة المالك كان فسخاً للمضاربة وليس له الفسخ إلا فى وجهه ما لم تكن المضاربة مؤقتة وقد انقضت وكان الربح مما قسمته إفراز فإنه يجوز أن يأخذ حصته مع غيبة المالك ، وأما المالك فله أخذ نصيبه من غير حضور العامل حيث كان الربح مما قسمته إفراز وإلا فلا يجوز إلا بحضوره .

﴿ و ﴾ حصة العامل من الربح ﴿ يملكها بالظهور ﴾ معنى ظهور الربح أن ترفع أثمان السلع فتصير بعض السلع ملكا للعامل بقدر حصته من الربح الذى قد ظهر ﴿ فيتبعها أحكام الملك ﴾ وهو وجوب التحويل لزكاتها من يوم الظهور إذا كانت نصاباً ويصير بها غنياً . ﴿ وإنما يستقر ﴾ ملكه لحصته ﴿ بالقسمة ﴾ لا قبلها فغير مستقر يعنى أنه إذا عرض له الخسر بعد ظهور الربح جبر رأس المال بالربح فيبطل ملك العامل إذا استغرقه الجبر غير العتق والاستيلاد والنكاح فلا يبطل ولهذا قال الإمام عليه السلام ﴿ فلو خسر ﴾ أو سُرق ﴿ قبلها ﴾ أى قبل القسمة ﴿ وبعد التصرف ﴾ فى جميع رأس

(١) انظر ما يأتى فى فصل « ٢٨٠ » .

المال بالبيع والشراء ﴿ آثر الجبر ﴾ لرأس المال بما كان قد حصل من الربح ﴿ وإن ﴾ قدّرنا أنهما اقتسما الربح جاهلين للخسر ثم ﴿ اكتشف ﴾ لهما ﴿ الخسر بعدها ﴾ يعنى بعد القسمة أنه قد كان وقع الخسر قبلها فانها تبطل ويجبر رأس المال .

﴿ وعلى الجملة فالمسئلة على وجوه ثلاثة ﴾ :

﴿ الأول ﴾ أنه يحصل ربح وخسران قبل قبض المالك رأس المال وقبل قسمة الربح فلا خلاف أن يجبر الخسران بالربح .

﴿ الثانى ﴾ أنه يحصل ربح ثم يُقسمانه ويقبض المالك رأس ماله ثم يرده إلى العامل مضاربة أخرى وسواء قبض رأس المال نقداً كما دفعه أو سلماً تراضيا أن يقع ثمنها عن مال المضاربة فانه إذا حصل خسر فى المضاربة الثانية فلا إشكال أنه لا يجبر بربح المضاربة الأولى .

﴿ الثالث ﴾ أن يحصل ربح ثم يقسمانه ومال المضاربة باق عند العامل فإن كان مال المضاربة دراهم على صفة المدفوع فقد انعزل العامل بقسمة الربح فإذا اتجر بإذن من المالك فى ذلك المال فحصل خسر فلا يجبر الخسر فى هذه المعاملة بالربح الأول لأنها قد صارت مضاربة أخرى إن كملت شروطها وإلا ففاسدة . وأما لو كان مال المضاربة فى يد العامل سلماً أو نقداً لا على صفة المدفوع فالقسمة موقوفة على كمال رأس المال فإذا لم يكمل جبر خسره بالربح الأول لأنها مضاربة واحدة وهــذا حيث لم يقبض المالك السلع عن رأس المال إذ لو قبضت ثم كسدت فى يد المالك فلا يجبر الربح الخسران .

﴿ فــرع[١] ﴾ لو اشترى العامل سلعة باسم المضاربة ثم تلف مال المضاربة قبل دفع الثمن للبائع كانت السلعة المشتراة للمالك لأن المالك قد أذن للعامل بالشراء فيدفع الثمن ويأخذ السلعة سواء كان هذا أول تصرف بمال المضاربة بالبيع والشراء أم قد

(١) يستفاد أوله من البيان وهامشه وآخره من الزهور اه .

سبقه قبله تصرف ، وأما المضاربة التى بينهما فإن كان التلف قبل التصرف بمال المضاربة ببيع وشراء متقدم بطلت المضاربة بتلف مال المضاربة ولا يجبر الخسر بالربح بعد ذلك ؛ قال فى الزهور : وصورته أن يضاربه بألفين فتلف قبل التصرف ألف ثم استفاد على الباقى ألفاً فإنه لا يجبر الألف التالف لأن المضاربة قد بطلت فيه .

﴿٢٦٦﴾ ﴿ فصل ﴾

فى ذكر طرف من أحكام المضاربة . ﴿ و ﴾ هى أن ﴿ للمالك شراء سلع المضاربة ﴾ وكذا الاستئجار والارتهان ونحو ذلك ﴿ منه ﴾ أى من العامل ﴿ وإن فقد الربح ﴾ فيها .

﴿ واعلم ﴾ أن المسئلة على وجوه ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن يكون فى مال المضاربة ربح فيشترى المالك حصة العامل من الربح فهذا جائز .

﴿ الثانى ﴾ أن يكون فى المال ربح واشترى رب المال جميعه فهذا جائز .

﴿ الثالث ﴾ أن يكون المال سلعة لا ربح فيها فإنه يصح من رب المال شراؤها صرّح به أبو العباس فى شرح التجريد وهو المختار . فلو أراد العامل أن يشترى من المالك سلعاً بالدراهم التى سلمها إليه للمضاربة فقال فى بيان السحامى ان ذلك جائز وكذا ذكره فى الزوائد للناصر وهو المذهب . ﴿ و ﴾ كما يجوز للمالك شراء سلع المضاربة من العامل يجوز للمالك ﴿ البيع منه إن فقد ﴾ الربح فى مال المضاربة لأن السلع فى الحقيقة ملك المالك وهو البائع ولكن الولاية فى البيع للعامل فإذا كان المالك يبيع له وهو يتقبل فكأنه وكل المالك بالبيع عنه وصح ذلك حيث لم يكن ثمة ربح أما لو كان ثمه ربح وأراد المالك أن يبيع سلع المضاربة إلى العامل مع ربحها فإن باع من العامل سلع المضاربة وحصة المالك من الربح صح وإن باع منه الجميع يعنى مال المضاربة مع حصة العامل من الربح لم يصح إذ بعض المبيع ملك العامل وهو حصته

من الربح وقد انضم إلى جائز البيع غيره وهو ملك المشترى فيفسد البيع فى الكل سواء تميزت الأثمان أم لا لأنه اشترى ملكه وملك غيره . وحيث قلنا يصح البيع لا يقبض العامل الثمن من نفسه لأن القبض إلى الوكيل والوكيل هنا هو البائع المالك وإذا قبض الثمن انفسخت المضاربة بالقبض إلا إذا وكل المالك العامل بالقبض فكان القبض إلى العامل بالوكالة من المالك ولا تنفسخ المضاربة بينهما .

« نعم » وإنما يجوز التصرف للمالك فى سلع المضاربة بالبيع والشراء من العامل فقط ﴿ لا من غيره فيهما ﴾ أى فى الشراء والبيع فلا يصح أن يشترى المالك سلع المضاربة أو يبيعها من غير العامل إلا بإذنه أو إجازته حيث كان ثمة ربح أو يجوّز له وإلا كان عزلا مع النية ﴿ و ﴾ تلحق ﴿ الزيادة المعلومة ﴾ بالعقد الأول ﴿ على مالها ﴾ ولا تحتاج إلى عقد جديد وتكون مضاربة واحدة ﴿ ما لم يكن ﴾ مال المضاربة ﴿ قد زاد أو نقص ﴾ فى يد العامل بعد التصرف مع بقائه فيه ثم تلحق الزيادة وتكون الزيادة مضاربة ثانية إذا كملت شروط صحتها لأنه يؤدى إلى جبر خسر كل واحد منهما من ربح الآخر ، أما لو حصلت الزيادة أو النقص قبل التصرف بمجرد ارتفاع الأسعار أو هبوطها فلا يمنع ذلك من لحوق الزيادة بالعقد الأول وكذا لو كانت الزيادة أو النقص الحاصلان بعد التصرف قد زالا إما بزيادة السعر بعد كساده أو كساده بعد زيادته فلا يمنع ذلك أيضاً من لحوق الزيادة بالعقد الأول .

﴿ و ﴾ يجوز للمالك مع عدم زيادة مال المضاربة أو نقصانه بالتصرف ﴿ الإذن ﴾ للعامل ﴿ باقتراضٍ ﴾ نقد ﴿ معلوم لها ﴾ أي للمضاربة فيضمه إلى ما دفعه إليه من المال فيكون الجميع مضاربة واحدة سواء كان المستدان منه معلوماً أم لا إذ مدار صحة ضم الاقتراض إلى مال المضاربة أن يكون الاقتراض قدراً معلوماً وأما لو كان الإذن من المالك باقتراض نقد ولم يعين قدره ثم إن العامل اقترض فالمضاربة فى الزائد باطلة، ويكون ما قبضه لنفسه إلا أن يضيفه إلى الآمر ثم يجيزه كان له لأن القرض تلحقه

الإجازة ﴿ ولا يدخل فى مالها ﴾ يعنى فى مال المضاربة ﴿ إلا ما اشترى بعد عقدها بنيتها ﴾ يعنى بنية مال المضاربة ولو بغير مالها وهو بعد عقدها لا قبل العقد فلا يدخل فى مالها ولو بنيتها ﴿ أو بمالها ولو بلا نية ﴾ رأساً فما اشتراه بعد عقد المضاربة بمالها كان لها وإن لم ينوه لها حيث لم ينوه لنفسه أما لو نواه لنفسه فلا يدخل ولو بمالها ويكون غاصباً .

﴿ وحاصل المسئلة ﴾ أنه إما أن يشترى قبل عقد المضاربة أو بعده إن كان قبل لم يكن لها ولو نواه وإن كان بعد ففيه أربعة أقسام : بنيتها وبمالها فلها ، لابنيتها ولا بمالها فله ، بنيتها لا بمالها فلها ، « الرابع » بمالها لابنيتها فهذا على وجهين : « الأول » أن لا يكون له نية فلها حيث اشترى بمالها فأما لو اشتراه إلى الذمة فله ولو دفع من مالها ولا يتصدق بالربح . « الثانى » أن ينوى لنفسه فله حيث لم يعينه المالك ويكون غاصباً للنقد لا يبرأ إلا بالرد إلى المالك فإن عينه المالك واشتراه بعينه تصدق بالربح وهذا حيث لم يجر عرف باقتراض ولا فوض ولا جرى العرف أن القرض يدخل فى التفويض كما تقدم .

﴿ و ﴾ مال المضاربة ﴿ لا تلحقها ﴾ فى الثمن أو المبيع من العامل[١] ﴿ الزيادة و ﴾ لا ﴿ النقص بعد العقد ﴾ وكذا أولياء المساجد والأيتام فلو اشترى المضارب شيئاً بثمن معلوم وبعد وقوع البيع طلب البائع الزيادة على الثمن فزاده وكذا لو باع سلعة ثم طلب المشترى النقص من الثمن فنقص لم تلحق تلك الزيادة ولا ذلك النقص مال المضاربة بل على المضارب فى خاصة ماله ﴿ إلا لمصلحة ﴾ فى الزيادة والنقص يراها المضارب أو عرف جاز مثال النقص أن يبيع بخيار للمشترى نخشى أن يفسخ فنقص عن المشترى من الثمن قدر ما يعتاد الناس فإنه يلحق بمال المضاربة والمصلحة ظاهرة ومثال الزيادة أن يشترى شيئاً ويجعل

(١) وأما لو كانت الزيادة للعامل والنقص عنه لحقت وذلك ظاهر اه حاشية السحولى .

للبائع الخيـار فخشى أن يفسخ البائع فزاد له الثمن وقد ظهرت المصلحة فى الشراء وكذا ما جرى به العرف كالهدية للترغيب فى البيع والشراء وكزيادة شىء لمن يتعلق بخدمة الفرس ونحو ذلك ، وإذا ادّعى العامل أن ذلك لمصلحة المال أو لجرى عرف فعليه مع اللبس البينة لأن الأصل عدم ما يدعيه .

﴿ ولا ينعزل ﴾ العامل ﴿ بالغبن المعتاد ﴾ ولو قصـده وهو قدر ربع عشر القيمة وفى الزائد على المعتاد لا ينفذ بل يبقى العقد موقوفا إن أجاز المالك نفذ وإن لم يجز ردّ لمال المضاربة هذا إذا لم يكن ثمة ربح أما لو كان ثمة ربح فإنه ينفذ الغبن فى قدر حصته من الربح ولا نقص على المالك ﴿ و ﴾ لا ينعزل العامل بكونه ﴿ شرى ﴾ بمال المضاربة ﴿ من يعتق على المالك أو عليه ﴾ أى على العامل .

﴿ وحاصل الـكلام ﴾ فى هذه المسئلة أنه إما أن يكون رحماً للعامل أو المالك إن كان للعامل فإن لم يضف عتق عليه سـواء كان ثمة ربح أم لا وإن أضاف فلا يعتق عليه إلا إذا كان ثمة ربح فإن كان العامل موسراً لزمه ثمن العبد وإن كان معسراً استسعى العبد بقدر قيمة نصيب المالك وأما إذا كان ذا رحم للمالك فإنه يعتق ويسعى بالأقل من القيمة أو الثمن مع إعسار العامل ويضمن مع إيساره القيمة للمالك ﴿ أو ﴾ شرى بمال المضاربة من ﴿ ينفسخ نـكاحه[1] ﴾ فإنه لا ينعزل نحو أن تضاربه امرأة فاشترى زوجها أو رجل فاشترى زوجته فإن اشترى العامل زوجة نفسه فـكذا من غير فرق بين الربح وعدمه على المختار هنا ﴿ والمخالفة فى الحفظ ﴾ كالسفر والنسأة والمكان لا ينعزل بها ﴿ إن سلم ﴾ المال وإن خالف فيما يتعلق بالضمان انعزل وقد تقدم تفصيل ذلك فإن تلف بعض المال لم ينعزل فى الباقى ويضمن التالف وينعزل فى قدره ومتى سلم ضمانه لم يتصرف فيـه إلا بتجديد مضاربة . ﴿ وإعانة المالك له ﴾ أى للعامل ﴿ فى العمل ﴾ بإذنه من بيع وشراء لا ينعزل بها العامل وإذا غبن المالك غبناً فاحشاً

(١) ولا مهر للزوجة إذا كان قبل الدخول لأن الفسخ من جهتها حكما اه بيان .

فللعامل نقضه لأن المالك وكيل عن العامل لاأصيل. ﴿ ولا ﴾ ينعزل العامل ﴿بعزله﴾ أى بعزل المـالك ﴿ والمال عرض ﴾ أو نقد من غير جنس رأس المال حيث ﴿ يجوز الربح فيه ﴾ فى المدة المعتادة كالموسم والوعـد ونحوه أما مع تيقن أن لا ربح فيه فله عزله ولـكن ليس له أن يجبره على بيعها فوراً بل يمهل إلى نفاق السلع طالت المدة أم قصرت ما لم يضر الامهال بالمالك .

﴿٢٦٧﴾ ﴿ فصل ﴾

فى أحكام المضاربة الفاسدة ﴿وفسادها﴾ على ضربين أصلى وطارئ أما ﴿الأصلى﴾ وهو الموجود من حين العقد نحو أن يشترط صاحب المال أو المضارب لنفسه قدراً من الربح أو غير ذلك من وجوه الفساد التى تقدمت فإن مثل هـذا الشرط ﴿ يوجب ﴾ للعامل ﴿ أجرة المثل ﴾ على عمله ﴿ مطلقا ﴾ أى سواء كان ثمة ربح أم لا والربح لرب المال والخسر عليه . ﴿ و ﴾ أما فسادها ﴿ الطارئ ﴾ نحو أن يتجر مضيفاً إلى المالك فى غير الجنس الذى عينه له ثم أجاز فإنه يستحق بعد المخالفة ﴿ الأقل منها ﴾ أى من أجرة المثـل ﴿ ومن المسمى ﴾ وهو حصته من الربح وقبـل المخالفة يستحق حصته من الربح لأنها صحيحة المثل ، وإنما يستحق الأقل من المسمى وأجرة المثل ﴿ مع ﴾ وجود ﴿ الربح فقط ﴾ يوم الشراء أو أخذه متربصاً به الغلاء لدخول وقت الموسم وأما مع عدم الربح فلا يستحق شيئاً ﴿ و ﴾ الفسادان الأصلى والطارئ ﴿ يوجبان ﴾ على العامل ﴿ الضمان ﴾ لمـا تلف تحت يده لأنه يصير فيهما كالأجـير المشترك ﴿ إلا للخسر ﴾ فهو غير مضمون عليه ويضمن مع التضمين الغرق ونحوه لا الجفاف ونقصان السفر فلا يضمن فيهما .

﴿٢٦٨﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان حكم المضاربة إذا مات رب المال أو العامل وحكم الاختلاف بينهما أما حكم الموت فقد بينه الإمام عليه السلام بقوله ﴿وتبطل﴾ المضاربة ﴿ونحوها﴾ وهو الإيداع والوكالة والشركة والإعارة المطلقة لا المؤقتة قبل انقضاء الوقت فتصير وصية كما يأتى فى العارية : تبطل كلها ﴿بموت المالك﴾ لذلك المال أو جنونه أو إغمائه أو ردّته مع اللحوق ﴿فيسلم العامل﴾ والوكيل والوديع والمستعير والشريك ما فى يده إلى الوصى فإن لم يكن فإلى الوارث المكلف الحاضر عنده والمؤنة عليه من ماله فمتى وجد الوصى حضر أو حضر الوارث البالغ سلم إليه ﴿الحاصل﴾ معه ﴿من نقد أو عرض﴾ حيث ﴿تيقّن﴾ أو ظن ﴿أن لا ربح فيه﴾ عند الموت . فيجب عليه تسليمه ﴿فورا﴾ مع التمكن من الرد لأنه قد انعزل ولم يبق له فيه حق ولو حصل بعد الموت ربح فلا شىء له منه فى الأصح أما لو مات المالك وفى السلعة ربح معلوم أو مجوّز فالعامل يستحق حصته من الربح جميعه إلى وقت رد رأس المال . ومع عدم التجويز يلزمه الرد ﴿وإلا﴾ يسلمه فورا مع التمكن ﴿ضمن﴾ ما تلف من ذلك المال فى يده لأنه يصير غاصبا مع تكامل الشروط هذا إذا كان الورثة كبارا حاضرين فى البلد وميلها فإن كانوا غائبين فوق الميل أو صغارا ولا وصى فله إمساك ما فى يده حتى يطالبه من يلزم التسليم إليه .

﴿و﴾ حيث تيقن أن فيه ربحا وطلب منه الورثة بيعه فإنه ﴿لا يلزمه البيع﴾ لعدم الولاية إلا بعقد جديد للمضاربة كامل الشروط لأن المضاربة الأولى قد بطلت بموت المالك ولو أقره الوارث عليها . ﴿و﴾ يجب على العامل أن ﴿يبيع بولاية﴾ ممن يلزم الرد إليه ﴿ما﴾ كان ﴿فيه من ربح﴾ عند الموت ولا يلزمه تسليمها إلى الورثة لأن له فيها شركة بل إليه بيعها بولاية فإن امتنعوا من الإذن أجبروا عليه إذ لا يظهر

الربح إلا فى البيع . ويكفى الإذن من أحد الورثة حيث لا وصى . ﴿و﴾ يجب أن يمهل مدة على حسب ما يراه الحاكم و ﴿لا يلزمه التعجيل﴾ للبيع ﴿و﴾ تبطل المضاربة أيضا ﴿بموت العامل﴾ أو أحد العاملين أو جنونه أو إغمائه أو ردته وإن لم يلحق لئلا تكون مضاربة مسلم لكافر .

﴿و﴾ يجب ﴿على وارثه﴾ أى وارث العامل ونحوه مايجب على العامل لو مات مالك المال من وجوب الردّ فوراً إلى مَن إليه الرد ﴿و﴾ يثبت ﴿له كذلك﴾ أى مايثبت للعامل لو مات المالك فإذا كان العامل قد عيّن مال المضاربة قبل موته لزم رد النقد والعرض الذى تيقن عدم الربح فيه فوراً ولو إلى فوق البريد وإلا ضمن كما تقدم .

﴿فإن أجملها الميت﴾ أى لم يعيّنها بل أقرّ بها على سبيل الجملة نحو أن يقول معى لفلان مال مضاربة ولو ذكر جنسه وقدره ﴿فدين﴾ أى فى حكم الدين الذى يقر به على هذه الصفة فيكون مال الميت أسوة بين الغرماء ومن جملتهم المقرّ له . وهكذا إذا كان الإقرار من الورثة على هذه الصفة فإن كانت التركة مستغرقة بالدين توقف إقرارهم على مصادقة أهل الدين الآخرين لهذا الدين . ويلزم الورثة تفسير ما أقرّ به مؤرثهم مجملاً فإن لم يعلموا لزم أقل ما تنعقد به المضاربة وهو مايحصل معه الربح ، وأما إذا عيّن مال المضاربة وجب تسليمه بعينه ولا يكون كسائر الديون ﴿وإن أغفلها﴾ الميت فلم يذكرها بنفى ولا إثبات وكانت قد ثبتت عليه ببينته أو بإقرار الورثة لكن لم يقروا ببقائها ﴿حكم﴾ فيها ﴿بالتلف﴾ ويحمل الميت على السلامة من أنه قد ردها أو تلفت عنده هذه العين على وجه لايضمن وهكذا حكم العارية والوديعة وكل أمانة أما لو كان إقرار العامل بمال المضاربة وكذا كل أمانة قبيل الموت بوقت يسير لا يجوز فيه رد ولا تلف فالظاهر البقاء إلى بعد الموت ويكون ما أقر به أسوة الغرماء .

﴿وإن أنكرها الوارث﴾ أى أنكر المضاربة ﴿أو﴾ أقرّ بها لكن ﴿ادعى

تلفها معه ﴾ أى مع الوارث قبل أن يتمكن من الرد ﴿ فالقول له ﴾ فى هاتين الصورتين والبينة على المدعى ﴿ لا ﴾ إذا ادعى الوارث أنهـا تلفت ﴿ مع الميت أو كونه ادعاه ﴾ أى أن الميت ذكر أنها تلفت معه ﴿ ف ﴾ عند المؤيد بالله ﴿ يبيّن ﴾ الوارث كون العين تلفت مع الميت أوأن الميت ادعى التلف معـه على وجه لايضمن لأن الأصل عنـد المؤيد بالله البقاء فلا يقبل قوله فى التلف إلا ببينة. وقالت الهدوية وهو المختار للمذهب انه يقبل قول الوارث فى أن التلف وقع مع الميت وأن الميت ادعى التلف على وجه لايضمن ولا يحتاج إلى البينـة على ذلك لأن الميت ووارثه أميناد والأمين يقبل قوله فيما ادعاه سواء ادعى تلفها معه أو مع الميت .

﴿ و ﴾ أما حكم الاختلاف بين رب المال والعامل ف ﴿ القول للمالك ﴾ فى ثلاث مسائل والبينة على العامل فيها : ﴿ الأولى ﴾ ﴿ فى كيفية الربح ﴾ يعنى إذا اختلفا فيه فقال العامل جعلت لى نصف الربح وقال رب المال بل ثلثه أو ربعه فالقول قول المالك حيث لا عادة بقدر معلوم فى ذلك المحل وإلا كان القول قول من وافق العادة لا إذا ادعى أنه لا شىء له لأن من لازم المضاربة أن يكون للعامل شىء من الربح فيكون القول للعامل إلى القدر المعتاد . ﴿ و ﴾ ﴿ الثانية ﴾ ﴿ نفيه ﴾ أى نفى الربح ﴿ بعد ﴾ قول العامل ﴿ هذا مال المضاربة ﴾ مع عدم المصادقة على قدره ثم قال ﴿ وفيه ﴾ كذا ﴿ ربح ﴾ فقال المالك ما فيه شىء من الربح كان القول قول المالك . قال فى البيان : « أما لو قال العامل هذا مال المضاربة بربحه قبل قوله لأن الباء للمصاحبة والملاصقة أو يقول هذا بعضه رأس مال المضاربة وبعضه ربحه كان القول قول العامل » سواء وصل أم فصل . ﴿ و ﴾ ﴿ المسئلة الثالثة ﴾ أن القول للمالك ﴿ فى أن المال قرض أو غصب ﴾ فيضمن التالف وقال من فى يده المال بل هو معى مضاربة فالقول قول المالك ﴿ لا ﴾ إذا ادعى المالك أنه ﴿ قراض ﴾ أى مضاربة وقال العامل بل قرض أو غصب فإن القول قول العامل .

﴿ و ﴾ القول ﴿ للعامل ﴾ ووارثه ولو بعد موت المالك ﴿ فى رد المال وتلفه ﴾[1] فإذا قال العامل للمالك أو وارثه قد رددته إليك أو انه اشترى السلعة لنفسه أو قال قد تلف وأنكر المالك أو وارثه فالقول للعامل هذا ﴿ فى ﴾ المضاربة ﴿ الصحيحة فقط ﴾ سواء كان قبل العزل أم بعده وأما إذا كانت فاسدة فالقول قول المالك فى عدم الرد وعدم التلف ﴿ و ﴾ القول للعامل ﴿ فى قدره وخسره وربحه ﴾ فإذا قال العامل قدر المال كذا أو خسرت كذا أو ربحت كذا نخالف المالك فالقول قول العامل سواء كانت صحيحة أم فاسدة فساداً أصلياً لأنه يستحق أجرة المثل ، وأما فى الطارئ فعلى العامل البينة حيث ادعى أن الربح أكثر من أجرة المثل ليستحقها وأنكر المالك زيادة الربح عليها . قال فى النيث : « أما فى القدر فلأن المالك يدعى الزيادة ، وأما فى الخسر فلأنه فى التحقيق يؤول إلى الاختلاف فى القدر لأن العامل يقول هذا مالك لكنه قد رخص سعره والمالك يدعى أنه ليس بماله كله فهو يدعى الزيادة ، وأما الربح أيضاً فهو يعود إلى الاختلاف فى القدر وذلك واضح فلهذا جعلنا القول للعامل فى هذه الثلاثة لأنه أمين بخلاف الرد والتلف فشرطنا أن تكون صحيحة كما تقدم » . ﴿ و ﴾ القول للعامل أيضاً ﴿ أنه ﴾ أى الربح حصل ﴿ من بعد العزل ﴾ له ﴿ وفى نفى القبض والحجر ﴾ بعد التصرف ﴿ مطلقا ﴾ أى سواء كانت صحيحة أم فاسدة فإن الأصل انتفاؤهما لا قبل التصرف فدعواه حجر العامل فيكون القول قول المالك .

﴿ و ﴾ القول ﴿ لمدعى المال وديعة ﴾ حفظ ﴿ منهما ﴾ لا وديعة تصرف فإذا ادعى من فى يده المال أن المال وديعة حفظ أمره المالك أن يأخذ له شيئا أمانة بغير أجرة ولا مضاربة ولا قرض فالقول قوله هنا ومن ادعى أنه وديعة تصرف أى مضاربة أو قرض فعليه البينة سواء كان المالك أو من المال فى يده .

(١) ما لم يستأجره على الحفظ بأجرة معلومة لمدة معلومة فيكون القول قول المالك اه .

﴿٣٦٩﴾ ﴿فصل[١]﴾

في حكم التباس الأملاك بعضها ببعض . ﴿ و ﴾ اعلم أن الأموال ﴿إذا﴾ التبست بغير خلط أو ﴿ اختلطت فالتبست أملاك الأعداد ﴾ المعلومين كملك زيد وعمرو وخالد وكان حصة كل واحد ماله قيمة ﴿ أو ﴾ التبست ﴿ أوقافها ﴾ كوقف على مسجد ووقف على غيره « أو أنواع حقوق الله » من زكاة أو فطرة أو كفارة أو خمس أو خراج حتى لا يتميز ما لكل واحد وكان ذلك ﴿ لا بخالط ﴾ بل برياح أو من لا تضمن جنايته من حيوان غير عقور أو عقور وقد حفظ حفظ مثله أو اختلطت الحيوانات بعضها ببعض أو كان الخلط بإذنهم فإذا كان الخلط على هذه الصفة وادعى كل واحد منهم الكل أو تصادقوا على تعدد الملك والتباس الحصص ﴿ قسمت ﴾ تلك الأملاك سواء كانت مثلية أم قيمية على ما تقتضيه القسمة بين الرؤوس كزيد وعمرو وخالد ومسجد وغيره وتقسم أيضاً بين الأنواع كالزكاة والخمس .

﴿ فرع ﴾ قال في حاشية لقمان على البحر : « ومن الخالط الذي ليس بمتعد الإمام إذا خلط الزكاة بغيرها من بيوت الأموال لضرب من المصلحة ثم يقسمها بين المستحقين لأنها في الحكم كأملاك الله تعالى على ماذكر فيما إذا اختلط ملك الله بملك الآدمي فيقسم وتكفيه النية في أن ماصار إلى مصرف الزكاة فهو منها وما صار إلى مصرف بيت المال فهو منه ، وكذا لو خلطه بملكه كما ذكره المنصور بالله أن لمتولي المسجد أن يخلط غلات المسجد على غلاته تحرياً للصلاح ولا يضمن إن تلف » .

﴿ فرع ﴾ ومن وقف أرضاً من أراضيه وكتبها في ورقة ودفعها إلى وصيه ومات ثم ضاعت الورقة والتبست الموقوفة بسائر أراضيه ولم يعرف تبيينها فإن كان ضياع الورقة بغير تفريط من الوصي لم يضمن وصارت الأرض لبيت المال ولا شيء

(١) وهذا الفصل دخيل هنا وكان القياس دخوله في الشركة اهـ .

على بيت المال لا لمصرف ولا لأهل الأراضى إذ لا تعدى . وإن ضاعت الورقة بتفريط الوصى فإن لم يكن قد قبض الأرض لم يضمنها وتصير لبيت المال وضمن قيمة الورقة مكتوبة وإن كان قد قبضها فإنه يملكها بالخلط ويبطل الوقف ويضمن قيمتها للورثة والموقوف عليه على عدد الأراضى حيث كان الوصى غير الوارث فإن كان هو الوارث ولا وارث سواه لزمه قيمة الأدنى للموقوف عليه لأن الأصل براءة الذمة فيما زاد .

﴿ ويبيّن مدعى الزيادة ﴾ فى العدد ﴿ والفضل ﴾ فى الصفة مثاله لو اختلطت غنم لرجل مائة وزيادة غير معلوم قدرها بغنم آخر عشرين وزيادة فإنه يعطى صاحب المائة مائة والآخر عشرين ويقسم الزائد نصفين ويبيّن مدعى الزيادة فى القدر والفضل فى الكل .

﴿ فرع ﴾ قال فى المقصد الحسن : « وإذا اختلطت خشبة لزيد بخشبة لعمرو وكان زيد مصادقاً قسمت قيمة الكل على عدد الخشب فإذا كانت خمساً كان لزيد خمس القيمة » .

﴿ إلا ﴾ إذا كان الخلط ﴿ ملكا بوقف ﴾ وحصل اليأس من تمييزه ولو بالظن بطل الوقف وصارا معاً ملكا للمصالح ولو كان الملك لمن الرقبة موقوفة عليه فإنها تصير أى رقبتها وغلتها ـ بيت مال لمصالح المسلمين .

﴿ قيل ﴾ القول للفقيه حسن ﴿ أو ﴾ كان المختلط ﴿ وقفين ﴾ أحدهما ﴿ لآدمى ﴾ ﴿ و ﴾ الآخر ﴿ لله ﴾ تعالى فانه يكون الحكم كما لو كان وقفاً وحراً ﴿ فيصيران ﴾ وهما الوقفان والوقف والملك على أصلنا ﴿ للمصالح ﴾ أى مصالح المسلمين ﴿ رقبة الأول ﴾ وهو الملك والوقف ﴿ وغلة الثانى ﴾ وهما الوقفان هذا لدى الفقيه حسن والمختار ماتقدم فى اختلاط الوقف بالحر أنهما للمصالح رقبة وغلة وفى وقفين لآدمى ولله أنهما كالأوقاف المتعددة تقسم بينهما سواء كان اللبس فى الغلة أم فى الرقبة .

﴿ و ﴾ أما إذا كان اختلاط الأملاك والأوقاف ﴿ بخالط ﴾ فلا يخلو إما أن يكون

متعدياً بذلك أو لا والتعدى أن يفعله من غير أمرهم إن كان لا بإذنٍ بل ﴿ متعمد ﴾ فالمخلوط إما أن يكون من ذوات القيم أومن ذوات الأمثال إن كان من ذوات القيم ﴿ ملك القيمى ﴾ ولو وقفاً وتلزم القيمة وقت الخلط وسواء نقله أم لم ينقله بل خلطه فقط فإنه ولو كان الخلط بإذن بعض الملاك فلا حكم لإذن أحدهم . وأما أن يكون من ذوات الأمثال فإما أن يتفق جنسه ونوعه وصفته أو يختلف إن اختلف وتعذر التمييز بما لا يجحف ملكه . قال الإمام عليه السلام وهو الذى أشرنا إليه بقولنا ﴿ ومختلف المثلى ﴾ نحو أن يخلط السليط بالسمن أو رطلا من السمن يساوى درهما برطل منه يساوى درهمين إذ لا فرق عندنا بين الاختلاف فى الجنس أو فى الصفة أو فى النوع فى أنه يكون استهلاكا ﴿ و ﴾ المتعدى بالخلط إذا ملكه ﴿ لزمته الغرامة ﴾ لأربابه مثل المثلى وقيمة القيمى المقوم يوم الخلط إن لم ينقله عدواناً وإلا فكالغصب ﴿ و ﴾ يلزمه ﴿ التصدق بما خشى فساده قبل المراضاة ﴾ لأرباب المال إما بدفع العوض أو حكم الحاكم بالملك أو يتراضى هو والغرماء ولا يجوز له التصرف قبل ذلك فإن لم يتصدق حتى تلف لزمه قيمتان للفقراء وللغرماء لكن التى للفقراء آخر وقت قبل الفساد .

﴿ و ﴾ إذا كان المخلوط مثلياً متفقاً فى الجنس والنوع لم يملكه الخالط لكن إذا تلف قبل أن يقسمه ﴿ ضمن ﴾ الخالط ذلك ﴿ المثلى المتفق وقسمه ﴾ على الرؤوس ويبين مدعى الزيادة فى العدد ﴿ كما مر ﴾ أول الفصل ..

﴿ فرع ﴾ قال صاحب الوافى : « الراعى المشترك إذا خلط أموال الناس بعضها ببعض فلم يعرفها أهلها فالقول قول الراعى فى تعيين ذلك مع يمينه .

﴿ فرع ﴾ فإن كان الخالط مجهولا نصب الحاكم عنه فى بيع المخلوط لأنه قد ملكه بتعديه بالخلط ويسلم الثمن لأربابه .

﴿ مسئلة ﴾ إنما يملك الخالط ماخلط حيث كان لجماعة كما تقدم أما لو كان المخلوط بعضه فى بعض لشخص واحد وخلطه الخالط من دون أمره ، فإن كان يمكن فصل بعضه من بعض بما لا يجحف بالخالط لزمه فصله وإن لم يمكنه الفصل نحو أن يخلط السمن بالزيت أو نحو ذلك فملك صاحبه باق سواء كان المخلوط مثلياً أم قيمياً من جنس أو أجناس نقل أو لم ينقل ويضمن الأرش وهو النقص بسبب الخلط . وأما لو سقط قدح رجل فيه سمن على دقيق آخر لا بفعل أيهما قسم بينهما على قدر قيمتهما . والله سبحانه وتعالى أعلم .

﴿٢٧٠﴾ كتاب الشركة[1]

الشركة بكسر الشين وإسكان الراء وحكى فتح الشين وكسر الراء وإسكانها وبضم الشين اسم للشيء المشترك يقال ليه فيه شركة أى نصيب ، وهى لغة الاختلاط وشرعاً ثبوت الحق لاثنين فأكثر ، وتصح من الأخرس ونحوه ومن السكران ، و ﴿ هى نوعان ﴾ :

﴿الأول﴾ ﴿فى المكاسب﴾ وهى نحو ما يكتسبه الشخصان من تجارة أو صناعة أو غيرهما ، ﴿ و ﴾ ﴿ النوع الثانى ﴾ : فى ﴿ الأملاك ﴾ من عقار وغيره ﴿ فشرك المكاسب أربع ﴾ : ﴿الأولى﴾ ﴿المفاوضة[2]﴾ وهى بمعنى الفوض الذى هو المساواة لاستوائهما فى ملك النقدين . ﴿ وهى ﴾ لاتنعقد إلا بشروط ثمانية :

﴿ الأول ﴾ : ﴿ أن يخرج ﴾ المال ﴿ حرّان ﴾ فلو كانا عبدين أو أحدهما لم تنعقد المفاوضة ولو مأذونين . قال فى البحر : « لأن دين المعاملة يتعلق برقبتهما وقد تختلف قيمتهما ومن شأنها التساوى » . قال فى البيان : « ولأنه يجوز حصول الحجر على أحدهما » .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يخرجا المال وهما ﴿ مكلفان ﴾ فلا تنعقد حيث هما صبيان أو مجنونان أو أحدهما ولو مأذونين .

﴿ الثالث ﴾ : أن يخرجاه وهما ﴿ مسلمان ﴾ معاً ﴿ أو ذميان ﴾ والمراد كافران ولو اختلفت ملتهما لا مسلم وذمى فلا تنعقد اما المسلم مع المسلم مع اختلاف المذهب

---

(١) تقدم آخر كتاب الإجارة فصل عدد ٢٦٩ فى بيان حكم اختلاط الأملاك بعضها ببعض وهو دخيل هناك وكان القياس دخوله فى الشركة فراجعه اه .

(٢) والعنان والوجوه والأبدان وستأتى على هذا الترتيب اه .

فيصح ولا يتصرفان إلا فيما يستجيزانه معاً.

﴿ الشرط الرابع ﴾ : أن يخرجا ﴿ جميع نقدهما ﴾ المضروبين ولو مغشوشين فلو بقي مع أحدهما شيء يملكه من النقد بيده أو وديعة له عند الغير ولو من غير جنس نقد المفاوضة لم تنعقد المفاوضة لا ما كان ديناً فلا يضر كما لا يضر أحدهما بعروض تجارة . فلا تصح المفاوضة في العروض قيمية أو مثلية .

﴿ الخامس ﴾ : أن يكون نقداهما على ﴿ السواء جنساً وقدراً ﴾ وصفة ونوعا ، فلو كان مع أحدهما دراهم مثلا والآخر دنانير لم تنعقد لأن قيمتهما تختلف ومن شرط المفاوضة المساواة ولو اتفقت القيمة فيهما فذلك نادر والأحكام تعلق بالغالب إلا بعد أن يصرف كل منهما نصف نقده بنصف نقد الآخر أو يتذر عليه بأن يملك كل منهما نصف النقدين فتنعقد مع التساوى ﴿ لا فلوسهما ﴾ وهى المضروبة من النحاس فلا ينعقد الاشتراك فيها لأن قيمتها تختلف .

﴿ الشرط السادس ﴾ قوله ﴿ ثم يخلطان ﴾ نقديهما على وجه لايتميز نقدأحدهما عن الآخر فإن لم يخلطا بل أخذ كل منهما نقد صاحبه كان وكيلا فيما شرى له حيث أضاف أوامره أو أجاز وإن أتلفه ضمنه ضمان أجير مشترك فإن خلطا وتميز البعض دون البعض صحت فيما لم يتميز شركة عنان لامفاوضة ويشترط أن يكون الخلط متقدما أومقارناً للعقد فلو تأخرعن العقد فسد .

﴿ الشرط السابع ﴾ قوله ﴿ ويعقدان[1] ﴾ الشركة بلفظها ممن يمكنه فيقولان أو أحدهما ويقبل الآخر : عقدنا شركة المفاوضة : لاعقدنا الشركة فلا يكفى .

﴿ الثامن ﴾ : من شروط صحة عقد المفاوضة أن يكونا فى عقدهما ﴿ غير مفضلين ﴾ لأحدهما ﴿ فى الربح و ﴾ لا فى ﴿ الوضيعة ﴾ وهى الخسر فلو شرطا تفضيل أحدهما

(١) الأولى ثم يعقدان اه حاشية السحولى .

فى الخسر ألغى وإن شرط فى الربح فللعامل يصح الشرط وتكون عنانا ولغير العامل يلغى الشرط ويتبع الربح المال ويندب أن يقول كل واحد لصاحبه شاركتك بمالى والتصرف بوجهى ليشتريا مجتمعين أو متفرقين ، فإن شرطا الاجتماع على التصرف بطلت إذ هو ينافى التفويض .

﴿ فيصير كل ﴾ واحد ﴿ منهما ﴾ بعد كمال الثمانية الشروط ﴿ فيما يتعلق بالتصرف فيه ﴾ يعنى فى النقد[1] الذى اشتركا فيه ﴿ وكيلا للآخر وكفيلا ﴾ عليه ﴿ له ماله ﴾ فى الوكالة ﴿ وعليه ماعليه ﴾ فى الكفالة ولو لغير معين لدخول الكفالة تبعاً للشركة . فإذا اشترى أحدهما شيئاً دخل فى ملكهما معا وللبائع أن يطالب بالثمن أيهما شاء وإذا باع أحدهما فللآخر المطالبة بالثمن وقبضه ، وللمشترى أن يطالب بتسليم المبيع وبثمن ما استحق أيهما ويرد بالعيب والرؤية والشرط على أيهما شاء قوله ﴿ مطلقا ﴾ يعنى به سواء علم أحدهما بتصرف الآخر حين تصرف أم لم يحصل العلم إلا من بعد وسواء لزم الآخر بالبينة أم بالإقرار أم بالنكول أم برده اليمين .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا أدعى أحدهما شيئاً على الغير وحلفه عليه لم يكن للثانى أن يحلفه عليه ، وإن ادعى الغير على أحدهما شيئاً وحلفه عليه كان له أن يحلف الثانى إذا كان مما يتعلق بتجارتهما كما فى الورثة وتكون يمين العامل على القطع ويمين الثانى على العلم أنه لايعلم ولا يظن ، وكذا فى الموكل إذا ادعى عليه شىء من جهة وكيله وفى السيد إذا ادعى عليه شىء من جهة عبده تكون على العلم لأن كل يمين توجهت على الشخص من جهة غيره تكون على العلم .

﴿ و ﴾ هل يلزم كل واحد من الشريكين مالزم صاحبه فى هاتين الصورتين : « إحداهما » قوله ﴿ فى غصب ﴾ غصب أحدهما و ﴿ استهلاك حكما ﴾ نحو أن يغصب

---

(١) لا ماجناه أحدهما أو لزمه من نكاح أو نحو ذلك لم يلزم الآخر اهـ .

أحد الشريكين طعاما فيطحنه أو نحو ذلك . ﴿ و ﴾ ﴿ الثانية ﴾ فى ﴿ كفالة ﴾ كفل أحد الشريكين على الغير ﴿ بمال عن أمر الأصل ﴾ وهو المكفول عنه هل يلزم صاحبه مالزمه أم لا : فى ذلك ﴿ خلاف ﴾ فى الصورتين والأصح لايلزم صاحبه مالزمه ، وأما لو استهلك الغصب حسًّا أو كانت الكفالة بوجه أو بمال لا عن أمر الأصل فلا يلزم صاحبه مالزمه وفاقا .

﴿٢٧١﴾ ﴿فصل﴾

وإذا حصل فى هذه الشركة مايوجب التفاضل فحكمه ما فى قوله : ﴿ ومتى غبن[1] أحدهما ﴾ فى تصرفه فيما باع أو اشترى غبناً ﴿ فاحشا ﴾ وهو مازاد على مايتغابن الناس بمثله ﴿ أو وهب ﴾ أحد الشريكين للغير نقداً أو عرضًا من مالهما أو وهب له بغير عوض ﴿ أو أقرض ﴾ أو استقرض فإذا اتفق أحد هذه الأمور ﴿ ولم يجز الآخر ﴾ فى حصته فقد تفاضلا فى النقد ﴿ أو استنفق ﴾ أحدهما من الربح إن كان أو ﴿ من مالهما ﴾ على عياله ﴿ أكثر منه ﴾ أى من الآخر لا على نفسه فلا يضر ولو زادت نفقته على نفقة شريكه حيث كان المعتاد ﴿ و ﴾ لكن لا تبطل المفاوضة ويصيرا متفاضلين لو أنفق أحدهما على عياله إلا إذا ﴿ غرم نقداً ﴾ .ولم يحصل الإبراء أما لو غرم عرضاً عما أنفق أو أجاز صاحبه الإنفاق فلا تفاضل .

« وحاصل الكلام » فى ذلك حيث غبن أو وهب أنه لا يخلو إما أن تحصل الإجازة أم لا إن حصلت فلا تفاضل مطلقاً يعنى سواء كان ذلك المال باقياً أم تالفاً وإن لم يجز فإن كانت العين المبيعة أو الموهوبة باقية بطلت المفاوضة بمجرد عدم الإجازة لحصول التفاضل وإن كانت قد تلفت فلا تبطل لعدم التفاضل إلا متى غرم نقداً

(١) عبارة الأثمار وشرح الفتح « (ومتى حصل) فى هذه الشركة (موجب تفاضل مستقر صارت عنانا) وخرجت من بابها » وهى أوجز من عبارة الأزهار اه .

أو عرضا ، وهذا كله إذا غرم قدر حصة شريكه فقط ، أما لو غرم قدر نصيبهما معا فلا تفاضل ومعنى غرم أي أحال به على غريم له ، وأما لو كان مملوكا عنده ودفعه من يده فقد بطلت المفاوضة لطروّ التفاضل .

قوله ﴿ أو ملك ﴾ أحدهما ﴿ نقداً زائداً ﴾ من هبة أو ميراث أو عوض جناية أو نحو ذلك على ماعقدا عليه فمتى اتفق أي هذه الخمسة الأمور وهي من قوله ومتى غبن أحدهما إلى قوله أو ملك ﴿ صارت ﴾ الشركة بينهما ﴿ عنانا ﴾ أي إذا وافقت شروط العنان بالخلط وغيره فإن لم يخلط لزم كل واحد للثاني أجرة عمله فيكونان أجيرين مشتركين ويكون الربح بينهما على قدر رأس المال ، ولا تبطل المفاوضة بمجرد الملك للزائد إلا ﴿ بعد قبضه ﴾ ذلك النقد الزائد ﴿ أو ﴾ يقبضه ﴿ وكيله ﴾ أو رسوله لأن الملك قبل القبض معروض للبطلان لجواز تلفه قبل القبض ، فإذا قبض استقر ﴿ لا ﴾ إذا ملك أحدهما نقداً زائداً وأحال به غريما وقبضه المحتال لم يكن قبض ﴿ حويله ﴾ كقبض المالك ووكيله لأن الحويل قبض لنفسه لا للمحيل فلا تبطل المفاوضة ﴿ ولا ﴾ تصير عنانا ﴿ قبله ﴾ أي قبل القبض الزائد الذي حدث له ملكه ﴿ إلا في ميراث ﴾ الوارث ﴿ المنفرد ﴾ عن المشارك في الارث ، فإذا حصل لأحد شريكي المفاوضة ميراث نقد حاصل غير دين من قريب له وليس معه وارث سواه فإنها تبطل المفاوضة بملكه ولو قبل قبضه ولو كان مستغرقا بالدين ، لأن للوارث ملكا ضعيفا بدليل أن تصرفه ينفذ بالإيفاء والإبراء . فأما لو كان معه وارث آخر ، أو كان الميراث عرضا لم تبطل حتى يقبض النقد لا العروض فلا تبطل ولو قبضه .

الثانية من شركة المكاسب شركة ﴿ العنان ﴾(١)

وهى توافق المفاوضة فى أربعة من شروطها وهى : الخلط والعقد وأن يكون المتعاقدان مسلمين أو غيرهما ولو اختلفت ملتهما وعدم تفضيل غير العامل ، وتخالف المفاوضة فى أربعة أمور : ﴿ الأول ﴾ صحة الاشتراك فى العروض وقد دخل فى ضمن قول الإمام عليه السلام : ﴿ وهى ﴾ يعنى شركة العنان ﴿ أن يعقدا على النقد بعد الخلط أو العرض ﴾ سواء كان منقولا أم غير منقول ولو فلوساً بشرط أن يكون العقد فى صورة العرض ﴿ بعد التشارك ﴾ فيه ولا بد أن يكون التشارك حاصلا من قبل العقد وإلا لم يصح. والتشارك هو أن يبيع كل واحد منهما من صاحبه من عرضه ما يريد أن يكون حصة له من نصف أو ثلث أو أقل أو أكثر فيصيران بعد عقدهما شريكين ولا يشترط أن يأتيا فى العقد بلفظها بل لو قال عقدنا الشركة صح العقد فلو امتنع أحدهما من البيع أجبرا إذ قد صارا شريكين إلا أن يتراضيا بالفسخ وأن يرجع لكل واحد عين ماله .

﴿ الثانى ﴾ مما يخالف فيه العنان المفاوضة أن العنان يصح ﴿ ولو ﴾ كان أحد الشريكين ﴿ عبداً أو صبياً ﴾ أو عبدين أو صبيين بشرط أن يكونا ﴿ مأذونين ﴾ ممن له الولاية .

﴿ الثالث ﴾ أن العنان يصح سواء كان ملكهما متساوياً ﴿ أو ﴾ كانا ﴿ متفاضلى المالين ﴾ فيصح أن يكون من أحدهما مائة ومن الآخر مائتان ﴿ فيتبع الخسر ﴾ غير

---

(١) العنان هى بالفتح والكسر والفتح أكثر فان قلنا عنان بالفتح فاشتقاقها اما من عن الشيء إذا ظهر وعن إذا عرض لما اشتركا فيما ظهر وعرض من الربح ، وأما بالكسر فمن عنان الفرس لما كان الفرسان يستوى عنانهما عند المسابقة فهذه يستوى فيها جنس المال اه . زهور ، ومثله فى شرح الصعيترى اه .

المضمون(١) ﴿ بالمال ﴾ أى يكون على كل شريك من الخسر قدر حصته فى المال من نصف أو ثلث أو ربع ﴿ مطلقاً ﴾ أى سواء شرطا المساواة فى الخسر أم شرطا تفضيل أحدهما فيه فيلغو الشرط ﴿ وكذا الربح ﴾ يتبع رأس المال أيضاً ﴿ إن أطلقا ﴾ ولم يذكرا كيفية الربح بل سكتا عنه ﴿ أو شرطا تفضيل غير العامل ﴾ منهما فإن الربح يتبع رأس المال ويلغو الشرط .

﴿ فرع ﴾ وإذا شرط لأحدهما قدر معلوم من رأس الربح نحو عشرين مثلا ويقسم باقيه بينهما لغى الشرط ويكون الربح بينهما على قدر رأس المال ولا تفسد الشركة بذلك الشرط لأنها تقبل الجهالة.

﴿الأمر الرابع﴾ مما يخالف فيه العنان المفاوضة أنه يصح تفضيل العامل فى الربح وهو مراد الإمام عليه السلام بقوله ﴿ وإلا ﴾ يطلقا ولا يفضلا غير العامل بل شرطا تفضيل العامل منهما أو كانا عاملين وشرطا تفضيل أشقهما عملا ﴿ فحسب الشرط ﴾ الذى شرطا يلزم الوفاء به ولو استوى عملهما فكذا أيضاً .

﴿ ولا يصير أيهما فيما يتصرف فيه الآخر وكيلا ﴾ بالنظر أن للغير مطالبته لأنها ليست بوكالة محضة كالمفاوضة ﴿ ولا ﴾ يصير ﴿ كفيلاً ﴾ لأهل الدين عما لزم لهم فى ذمة شريكه هذا بالنظر إلى من سواهما وأما فيما بين الشريكين فكل واحد وكيل لصاحبه .

الثالثة من شركة المكاسب شركة ﴿ الوجوه ﴾(٢)

وهى : ﴿ أن يوكل كل من جائزى التصرف صاحبه أن يجعل له فيما استدان ﴾

---

(١) وأما المضمون فعلى الجانى والمفرط اهـ .

(٢) وسميت شركة وجوه لأنهما يتقبلان العمل بوجوههما ، ولفظ شركة الوجوه أن يقول كل واحد للآخر وكلتك أن تجعل لى نصف ما استدنت أو ما اشتريت ويتجر فيه إن أحب وإلا دفعه إليه اهـ .

من النقود وغيرها ﴿ أو ﴾ فيما ﴿ اشترى ﴾ من الأشياء نساء ﴿ جزءاً معلوماً ﴾ فيما استدان أو اشترى كنصف أو ثلث أو نحوهما ولا يشترط أن يضيف المستقرض أو المشترى قدر حصة شريكه إلى شريكه لأن عقد المشاركة قد كفى فى ذلك فيقع ذلك عن الشريك مالم ينوه لنفسه ﴿ و ﴾ بعد التوكيل بذلك يفوّض كل واحد الآخر أن ﴿ يتجر فيه ﴾ إن أحب وإلا دفعه إليه وتكون الشركة باقية ﴿ ويعينان الجنس ﴾ والنوع الذى يتصرفان فيه ﴿ إن خصا ﴾ أى سكتا عند التوكيل ولم يفوض كل واحد منهما صاحبه أما لو لم يسكتا بل فوض كل واحد الآخر فى أى شىء استدان أو اشتراه لم يلزم تعيين الجنس والنوع .

﴿ مسئلة ﴾ وتصح الشركة فى إجارة الحيوان نحو إجارة دوابهما أو غيرها من السيارات ونحوها على أن يكون الكراء بينهما .

﴿ مسئلة ﴾ ولا يصح الاشتراك فيما يحصل من الهدية أو الهبة وقبض الزكاة لأن التمليك يقع إليه إلا أن يعين أنه لهما .

﴿ وهى ﴾ يعنى شركة الوجوه فى الحكم ﴿ كالعنان ﴾ فيما مر فيها ﴿ إلا ﴾ أن هذه تخالف العنان ﴿ فى لحوق الربح ﴾ هنا ﴿ والخسر بالمال مطلقا ﴾ يعنى أن الربح والخسر يتبع المال سواء شرطا تفضيل العامل منهما أم غيره فإن الشرط يلغو ويتبع الربح والخسر المال .

الرابعة من شركة المكاسب شركة ﴿ الأبدان ﴾(١)

وهى جائزة عندنا وعند أبى حنيفة خلافا للشافعى والليث وابن حى . وحقيقتها ﴿ أن يوكل كل من الصانعين ﴾ البالغين العاقلين الحرين متفقى الصنعة أو مختلفيها ﴿ الآخر أن يتقبل ﴾ يعنى يستأجر عنه ﴿ ويعمل عنه ﴾ إن اختار ذلك وهو ان يعمل كل واحد

(١) سميت بذلك لأنهما يتقبلان بأبدانهما اه .

عن صاحبه مما استؤجر عليه وإلا دفعه إليه ليعمل لنفسه . وذلك العمل الذى يستأجر من شريكه ﴿ فى قدر معلوم ﴾ من نصف أو ثلث ﴿ مما استؤجر عليه ﴾ من العمل للغير فيجعل لشريكه قدر نصفه أو ثلثه أو نحو ذلك فيقول كل واحد من النجارين أو الخياطين أو الحالين وكلتك أن تقبل عنى ثلث ما استؤجرت عليه أو ربعه أو نحو ذلك وتعمله عنى ان اختار ذلك أو تدفعه إلىّ فإن لم يكن كذلك فسدت ﴿ ويعينان الصنعة ﴾ التى يريدان أن يشتركا فى التقبل فيها، من تجارة أو خياطة أو حدادة أو حمالة أو نحو ذلك وإلا فسدت وإنما يلزم تعيين الصنعة حيث لم يقع تفويض ولا يحتاج عند التقبل أن يضيف إلى صاحبه لا لفظا ولا نية فيكون لهما معاً ما لم ينو لنفسه . قال فى البيان : «ولا تصح شركة الأبدان إلا فيما يجوز فيه التوكيل لا الاحتطاب والاحتشاش ونحوها . » ﴿ و ﴾ حكم شركة الأبدان أن ﴿ الربح ﴾ وهى الأجرة ﴿ والخسر ﴾ وهو ضمان ماتلف للمالك من المصنوع على وجه يضمنه الأجير المشترك ﴿ فيها ﴾ أى فى شركة الأبدان ﴿ يتبعان ﴾ على قدر ﴿ التقبل ﴾ فصاحب الثلث له ثلث الأجرة وعليه ثلث ضمان التالف، وصاحب النصف كذلك على قدرذلك.

﴿ وهى توكيل ﴾ أى معقودة على التوكيل بالعمل لا على الضمان ﴿فى الأصح﴾(١) من القولين وهو المختار ومعنى كونها معقودة على التوكيل أن المتقبل وكيل لشريكه يتقبل عنه فيكون المتقبل هو الذى يطالب بجميع العمل والضمان ويطالب بجميع الأجرة وليس لصاحب المصنوع مطالبة المتقبل عنه بعمل أو يضمن ماتلف ولو كان العمل عليهما والأجرة لهما بل للمتقبل أن يرجع على صاحبه بما طولب به من العمل والضمان وليس للمتقبل عنه مطالبة صاحب المصنوع بالأجرة فإن كان المتقبل للعمل أضاف إلى شريكه لفظا كان لصاحب العمل مطالبة المتقبل عنه به، والمتقبل مخيّر بين أن يعمل

(١) وأما شركة المفاوضة فهى معقودة على الضمان اتفاقا. وأما شركتا العنان والوجوه فهما معقودتان على التوكيل اتفاقا اه .

عن شريكه ماتقبله عنه من العمل ويسلم له حصته من الأجرة وبين أن يسلم إليـــه المصنوع ليصنع هوماتقبله عنه، أما لو جعلناها معقودة على الضمان وهو خلاف المقرر لأهل المذهب انعكست الأحكام الأولى فيطالِب ويطالَب .

﴿ مسئلة ﴾ فى حكم الشركة وأجرة العمل المعروف بالشقيّة إذا كان جماعة شركاء ولكل واحد منهم أملاك فى التركة أو الأراضى التى بينهم ولو زاد ملك أحدهم على الآخر فما حصل من الملك المذكور يكون بينهم على الرؤوس فإن كان بينهم طفل له ملك فى الأرض استقل الطفل بنصف غلة أرضه والنصف الآخر يكون بين الشركاء إذا كانت أجرة المثل كذلك فى إجارة الأراضى وإلا فحسب العرف ، فإن كان لأحد الشركاء أولاد يعملون فى التركة فشقيتهم أى أجرتهم على أبيهم ولا يشاركون الشركاء إلا أن يكون لهم ملك فى التركة . وأما الأولاد الصغار إذا لم يكن لهم ملك وعملوا فى ملك أبيهم حتى حصلت فوائد واكتسبوا أموالاً من الشقية فإن كان الأب ناوياً الرجوع على الأولاد الصغار بالنفقة فلا يلزمه لهم شىء وإن لم ينو الرجوع قاسموه فيما اكتسبوه وكان لكل واحد منهم مثل ما لأبيه فى المكتسب فقط أى إلى مقابل عملهم بعد إخراج ماتستحق الأرض أى أصل التركة من نصف الغلة أو نحو ذلك تكون لأبيهم مقابل ملكه أصل التركة كما قلنا فى حق الطفل والنصف الآخر يكون بين الأولاد وأبيهم فيكون لأبيهم مثل ما لأحدهم . فإن كان الأولاد مكلفين عملوا فى مال أبيهم حتى حصلت منه فوائد واكتسب بها فإن كان الأولاد قد شرطوا على أبيهم الأجرة أو لم يشرطوها لكنهم اعتادوها شاركوا أباهم فى المكتسب ولو أضاف الشراء إلى نفسه وكان لهم كما قلنا فى حق الصغار فى قسمة المكتسب من غلة أصل التركة ، وأما المكتسب من غير فوائد الأرض بل من أعمالهم أو تجارتهم فقسمته بين الجميع على الرءوس لا فرق بين والد وولد كما قلنا فى النصف الآخر من غلة الأرض التى هى ملك أبيهم .

﴿ فرع ﴾ وإذا كان جماعة إخوة أو غيرهم متكافئين فى الأعمال فكان أحدهم يحرث وآخر يخدم الدواب ويعلفها من بقر أو جمال أو نحوهما وبعضهم يرعى الغنم وآخر يتجر وبعضهم فى حوائج البيت وإصلاحه بحيث لايتم لأحدهم العمل وينتظم ما هو فيه إلا بكفاية الآخرين له فيما هم فيه فهذه الشركة[1] يكون حكمها حكم شركة الأبدان ماحصل من المصالح وغيرها مع كل واحد يكون مشتركا بين الجميع وعلى الجميع لا فضل لأحدهم على الآخر وسواء كان يحصل من أحدهم الإضافة فيما هو فيه له ولشركائه أو لم يضف حتى أن أحدهم لو اشترى أرضاً أو نحوها كان الشراء له ولشركائه ولو أضاف الشراء لنفسه فلا حكم لإضافته بل يكون للجميع على الجميع .

﴿ وتنفسخ ﴾ شركة الأبدان ﴿ باختلاف الصانعين فى الأجرة أو الضمان ﴾ وهو العمل نحو أن يقول أحدهما لى نصف الأجرة وقال الآخر بل ثلثها أو نحو ذلك ونحو أن يقول أحدهما عليك من العمل نصفه ونصف قيمة العين لو تلفت وقال الآخر بل ثلثه فإنها تنفسخ فيما بينهما باعتبار المستقبل .

﴿ والقول ﴾ فى جميع الشركة ﴿ لكل ﴾ منهما ﴿ فيما هو فى يده ﴾ فى الماضى أن ربحه كذا أو أن أجرته كذا أو أنه لم يتقبل لشريكه فيه إلا كذا لأن الظاهر معه لا إذا تلف فى يده وادعى بشريكه من ضمانه كذا فيبين على ذلك ، أما لو قال المتقبل تقبلت عنك نصف هذا فتممله ، وقال الآخر بل تقبلت عنى ثلثه فالقول للخارج

(١) هى الشركة العرفية حيث يكون كسب الكل للجميع والنفع من الجميع للجميع والخسارة على الجميع فإذا كان اجتماعهم على هذا الأسلوب فالشركة العرفية ثابتة بينهم سواء كان هذا الاجتماع فى حياة أبويهم أم بعد وفاتهما وأما إذا كان اجتماعهم إنما هو فى السكنى والأكل والشرب مما يسلمه كل واحد من مال نفسه إلى مقابل ذلك وكل واحد منهم بيعه وشراؤه لنفسه وإذا شرا شيئاً فليس للآخرين منه شىء وإذا خسر أو تدين فكذلك ليس على الآخرين منه شىء أو كان كل واحد منهم فى حرفة كسبه له ودينه وضمانه عليه ليس للآخرين من ذلك شىء ولا عليهم شىء وإذا أعطى أحدهم الآخر إنما هو على جهة الإحسان أو القرض فلا شركة عرفية بينهم إنما الاشتراك فى الأكل والشرب فقط إلى مقابل مايسلمه كل واحد لذلك وهو لاينفع فى الشركة العرفية فى شىء اهـ .

والعكس فى العكس ﴿ لا يترك أحدهما العمل ﴾ فلا تنفسخ ثم ان عمل العامل مع معرفته لترك شريكه للعمل فإن شرط الأجرة أو اعتادها رجع على شريكه بأجرة ما عمل عنه من نصف العمل أو ثلثه بأجرة المثل ويسلم لشريكه حصته من المسمى وإن لم يشرطها ولا اعتادها لم يستحق على ماعمل فى حصة شريكه شيئاً إذ هو متبرع ويسلم لشريكه حصته من المسمى هذا إن عمل وهو عالم أن شريكه لم يعمل وإن عمل ظانا أن شريكه لايعمل استحق من شريكه على عمل حصته أجرة المثل ويسلم لشريكه حصته من المسمى .

﴿٢٧٢﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان ماتنفسخ به الشركة بين الشريكين وحكم مايدخل الشركة من الأمور

﴿ و ﴾ اعلم أنها ﴿ تنفسخ كل هذه ﴾ الأربع ﴿ الشرك ﴾ المتقدمة بأحد أمور أربعة

﴿ الأول ﴾ انها تنفسخ ﴿ بالفسخ ﴾ من أحد الشريكين .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ ﴿ الجحد ﴾ لعقدها فى وجه شريكه أو علمه بكتاب أو رسول بالنظر إلى انفراد الفاسخ والجاحد لا الآخر فينعزل فى الغيبة .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الثالث ﴾ ﴿ الردة ﴾ إذا ارتد أحد الشريكين انفسخت الشركة بينهما ولو لم يلحق لاختلال شرط استوائهما فى ملة الإسلام ، وكذا لو أسلم أحد الذميين انفسخت أما لو أسلما أو ارتدا معاً فى حالة واحدة لم تنفسخ .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ الموت ﴾ فإذا مات أحد الشريكين انفسخت الشركة بينهما لأنها وكالة وهى تبطل بالموت ويقتسم ورثته وشريكه العروض ولا يلزمهم البيع مالم يشرطا تفضيل العامل ، وأما لو شرطا لزمه البيع كالمضاربة ليعرف الحصة التى له من الربح .

﴿ و ﴾ الشركة يصح أن ﴿ يدخلها ﴾ أمران : ﴿ أحدهما ﴾ ﴿ التعليق ﴾

بشرط مستقبل مقطوع بحصوله نحو إذا جاء رأس الشهر فقد شاركتك أو غير مقطوع بحصوله نحو إذا جاء زيد فقد شاركتك. ﴿ و ﴾ ﴿الأمر الثانى﴾ ﴿التوقيت﴾ بشهر أو سنة أو نحوها نحو أن يقولا اشتركنا سنة أو سنتين .

﴿٢٧٣﴾ باب شركة الأملاك

اعلم أن شركة الأملاك أنواع أربعة : « الأول » فى العلو والسفل ، « والثانى » فى الحيطان ، « والثالث » فى السكك ، « والرابع » فى الشرب ، وستمر بك واحدة واحدة على هذا الترتيب .

﴿ فصل ﴾

فى شركة العلو والسفل. وإذا كان البناء مشتركا بين مالكى العلو والسفل سواء كان الاشتراك عن قسمة أو شراء أو وصية أم نذر فإذا انهدم السفل وأراد صاحب العلو إصلاح علوه وجب أن ﴿ يجبر رب السفل[١] الموسر ﴾ وهو المتمكن من إصلاحه زائداً على ما استثنى للمفلس ﴿ على إصلاحه ﴾ ليصل صاحب الحق إلى حقه فلو باع السفل[٢] منهدما كان حكم المشترى حكمه فى لزوم ذلك فإن جهل المشترى ثبوت هذا الحق عليه كان له الفسخ لأجل ذلك . وقوله ﴿ غالباً ﴾ احتراز من صورة فإنه لا يجب على صاحب السفل الإصلاح فيها وهو إذا باع السفل واستثنى الهواء فوقه لا للعمارة فنى هذا ليس له حق التعلية فإذا انهدم لم يلزم صاحبه بناؤه وليس له عمارته على الأساطين إلا على وجه لا يستعمل ملك شريكه ، وكذا لو باع السفل واستثنى التعلية مقدرة أو غير مقدرة ويعلو ما لا يضر بعد أن يفعل المشترى ذراعين أو نحوهما على السفل

---

(١) ونحوه كالأرض المشتركة التى تضرب موجاً فإنه يجبر رب المدغر على إصلاحه لينتفع رب الموقر اه . (٢) أما لو أراد صاحب العلو بيع علوه منهدماً غير مبنى فلا يصح بيع هوائه لأنه حق لا ملك وبيع الحقوق منفردة لا يصح اه .

فإنه إذا انهدم قبـل وقوع الدراعين لم يجبر على البناء أما لو كان الانهدام بعد فعل الدراعين وجب عليه بناؤه ولو كان قبل حصول التعلية ، وأما لو استثنى التعلية على السفل فإنه يجبر على إصلاح السفل إذا انهدم سواء انهدم قبل فعل التعلية أم بعد .

﴿ مسئلة ﴾ إذا خشى صاحب السفل انهدام سفله فإن أمكنه هدمه بغير إضرار جاز وعليه أن يتحرز حال الهدم من اضرار العلو وإن لم يمكنه إلا بإضرار العلو : فإن لم يخش ضرراً من انهدام السفل على الغير لم يجز هدمه وإن خشى ذلك وجب، فإن هدمه وهو لايخشى الضرر على أحد فانهدم الأعلى ضمن، وإن خشى الضرر على أحد وجب عليه هدم سفله وإن انهدم الأعلى ولا يضمن لصاحب الأعلى .

﴿ فرع ﴾ وكذا يلزم صاحب العلو إصلاحه إذا خشى تعدى الضرر منه إلى السفل فإن سّهل من الإصلاح حتى ضر بالأسفل ضمن .

نعم وإنمـا أوجبنا على رب السفل إصلاح حقه ﴿ لينتفع رب العلو ﴾ بعلـكه بعد إصلاح السفل أو لئلا ينهدم مثـلا فيضر بالأعلى ، ويجبر رب جدار أيضاً على إصلاحه لئلا يضر بمن مال إليه أو لينتفع من له فيه ملك أو حق إلا أن يجرى عرف بخلافه فعلى صاحب الحق .

﴿ فإن غاب[1] ﴾ رب السفل ونحوه بريداً ﴿ أو أعسر أو تمرد ﴾ عن الإصلاح ﴿ فهو ﴾ يعنى مالك العلو يبنى السفل بالنيابة عن مالك السفلى لأن له حقاً فى ذلك ولايحتاج إلى مؤاذنته ولا إلى إذن الحاكم فى الجهة إذا كان رب السفل غائبا فإن كان معسراً فلا بد من إذنه أو تمرده عن الإصلاح ومع تمرده لا يحتاج إلى إذن الحاكم ولو كان حاضراً ﴿ و ﴾ إذا بناه فله أن ﴿ يحبسه ﴾ حتى يسلم له غرامته ولا يحتاج فى الحبس إلى إذن الحاكم ﴿ أو يكريه ﴾ حتى يستوفى غرامته من الـكرى بإذنه أو إذن

(١) وهكذا فى كل مشترك إذا أنفق عليه أحدهما أو غرم عليه وهكذا فى العارية والوديعة والرهن والمؤجرة إذا أنفق عليها من هى فى يده اه بيان .

الحاكم لأنه استيفاء ﴿ أو يستعمله بغرمه ﴾ بإذنه أو إذن الحاكم حتى يستوفى غرامته ثم يرد لصاحبه .

﴿ واعلم ﴾ أن البناء إما أن يكون بآلاته الأولى أو بغيرها، فان كان بآلاته الأولى فلا إشكال وإن كان بغيرها مع وجود الأولى وصلاحها فهو متبرع لاشىء له من الآلة وقيمتها ، ويرجع عليه بما غرم من العمارة وقد ملكه صاحب السفل بعد النية إن نواه لصاحب السفل وإن لم ينوه لم يكن له إلا رفع بنائه . وإن كان بآلته الأولى وآلة منه فله نقض آلته مالم يؤد إلى هدم العمارة التى بالأولى . وإن كان بغيرها مع عدم وجود الاولى أو عدم صلاحها فإن نواه صاحب العلو أنه لصاحب السفل استحق قيمتها وما غرم من صاحب السفل لأنه قد ملكه بالنية وهذا ملك قهرى ، ولا بد أن تكون الآلة مما هو معتاد فإن بنى بآلات فوق الأولى لم يستحق للزيادة شيئاً لأنه متبرع إلا لعدم المثل وإن لم ينوها لصاحب السفل فهى باقية على ملكه فإن شاء باعها من صاحب السفل أو غيره قائمة ليس لها حق البقاء وإن شاء رفعها .

﴿ ولكل ﴾ من رب العلو والسفل سواء كان عن قسمة أم لا ﴿ أن يفعل فى ملكه ما ﴾ شاء بحيث ﴿ لا يضر[1] بالآخر من تعلية وبيع وغيرهما ﴾ كفتح باب وغرز خشب وفعل كنيف[2] وتوسيع وزيادة وغير ذلك فلا يمنع أحدهما ما لم يدخل على الآخر من ذلك ضرر سواء كان الضرر فى الحال أم فى المستقبل وسواء كان الضرر بالبناء كبيعه من حداد أو قصار أو نحوهما أم الاطلاع على العورات أم رائحة كريهة فليس له ذلك .

﴿ فرع ﴾ وإذا بيع العلو من ذمى منع إذا كان يريد السكنى لئلا يرتفع على

---

(١) وهذا خاص فى العلو والسفل سواء كان عن قسمة أم لا اهـ .

(٢) الكنيف المرحاض لأنه يستر قاضى الحاجة الجمع كنف وقد يكنى بالمرحاض عن موضع العذرة اهـ .

المسلم لا إذا أراد أن يجعله للاستغلال فلا يمنع .

﴿ و ﴾ إذا اختل العلو أوالسفل وكان يمكن صاحبه إصلاحه فتراخى حتى انهدم فأضر بالآخر فإنه ﴿ يضمن ما أمكنه دفعه من اضرار نصيبه ﴾ بنصيب مجاوره إذا علم ذلك وكان متمكنا من إصلاحه أو هدمه بفعل معتاد وبما لا يجحف من الأجرة ، ولم يكن أثر فعله وألا يعلم أو علم ولم يتمكن من الإصلاح فلا ضمان « وأما ما كان من اثر فعله[1] بأنه يضمنه مطلقا » لأنه مباشر والضمان يكون ما بين قيمته عامرا ومنهدما فإذا كان قيمته عامرا مائة ومتهدما خمسين ضمن لشريكه خمسين ﴿ وإذا ﴾ كان العلو لشخص والسفل لآخر و ﴿ تداعيا السقف بينهما ﴾ لاستواء أيديهما حيث لا بينة لأيهما وحلفا أو نكلا هـذا حيث التبس السقف لمن هو أما إذا كان العلو والسفل بينهما فاقتسما وسكتا عن السقف كان بينهما فإن ذكراه لأحدهما كان له وإن ذكراه بنفى أحدهما كان للآخر فلو خشى انهدام السقف ونفياه معاً صار بينهما ملكا ضروريا ويجبران على إصلاحه وأما إذا تنازعا فى العرصة فالمختار أنها لصاحب السفل .

﴿ و ﴾ إذا تداعيا الراكب والسائق ﴿ الفرس ﴾ ونحوها ولا بينة لهما كانت ﴿ للراكب ﴾ لأن يده أقوى كما لو تنازعا دابة عليها حمل لأحدهما وللثانى فوق الحمل شيء آخر كانت لصاحب الحمل . ﴿ ثم ﴾ إذا كانا راكبين معاً أو غير راكبين فإنه يحكم بها ﴿ لذى السرج ﴾ إن كان عليها سرج واحد وأحدهما راكب عليه فإن كانا راكبين عليه معا أو لا سرج وركباها فلمن العنان أو اللجام بيده فإن لم يكن فى يد أحدهما أو لا لجام لها كانت الفرس لهما ، وأما إذا تداعى فيها سائق وقائد فللقائد لأنه أقوى يدا .

﴿ و ﴾ إذا تداعى ﴿ الثوب ﴾ رجلان أحدهما لابسه والآخر ممسك به ولا بينة لأحدهما فانه يكون ﴿ للابس ﴾ ولو كان مما لا يليق به لأن يد اللابس حسبية

(١) من حاشية السحولى

والمسك حكمية ولو كان المسك متجردا عن الثياب . ﴿ و ﴾ إذا كان عرم بين أرضين العليا لشخص والسفلى لآخر وتداعيا ﴿ العرم ﴾ لمن هو ؟ كان ﴿للأعلى ﴾ يعنى لمالك الأرض العليا ما لم يكن ثمة عرف أنه للأسفل - كما فى بلاد الأهنوم - فله حكمه ، فإن استويا فبينهما وهذا مع عدم البينة فإن كان ثمة بينة حكم للمبين منهما فإن بينا معا حكم ببينة الأسفل لأن بينته خارجة وإن بين الأعلى لم تسقط عنه اليمين المؤكدة ولا الأصلية لأنهما على الظاهر .

﴿مسئلة﴾ قال فى البيان: « وإذا كان بين اثنين أو جماعة جدار أو سقف أو دعامة أو درجة « أو نحوها » فطلب أحدهما نقضه وإعادته أقوى منه لم يلزمه إجابته إلى ذلك إلا إذا خشى سقوطه. وجب نقضه وإعادته بآلته الأولى « إن كانت صالحة » وعلى صفته الأولى » .

﴿ مسئلة[1] ﴾ قال فى البيان : « وإذا نزل تراب الأرض لرجل إلى أرض غيره بغير فعله فعليه رفعه وإن أخرجه عن ملكه ببيع أو نحوه إلى الغير لزم المالك الآخر رفعه وإن أخرج أرضه عن ملكه فالتراب باق له ، وأما أجرة وقوف التراب فى الأرض فلا تجب إلا بعد المطالبة لرفعه فتلزم الأجرة من وقت الطلب » .

﴿٢٧٤﴾ ﴿ فصل ﴾

فى حكم النوع الثانى من شركة الأملاك وهى التى فى الحيطان ﴿ و ﴾ إذا طلب أحد الشريكين فى دار أو أرض أن يجعلا بين ملكهما حائطاً أو نحوه فامتنع الآخر فإنه ﴿ لا يجبر الممتنع من إحداث حائط ﴾ أو دعامة أو درجة أو عرم أو فرجة أو قترة[2] أو ثميلة[3] أو خندق أو سقف أو باب ﴿ بين الملكين ﴾ أو الوقفين

(١) قد تقدم بحثها فى كتاب الإجارة أواخر فصل عدد (٢٥٥) اه

(٢) القترة الخرق فى الجدار يدخل الماء منه إلى البستان اه

(٣) الثميلة صغيرة تبنى بالحجارة لتمسك الماء على الحرث اه

أو الحقين أو الملك والحق أو الملك والوقف لأن الطالب يريد إثبات حق لم يكن فلا يلزم شريكه المساعدة وللطالب أن يجعل ذلك فى ملكه ولو ضر شريكه ما لم يكن عن قسمة فليس له ذلك فإن تراضيا بذلك وشرعا فيه ثم امتنع الآخر عن الإتمام أجبر عليه إلى القدر المتعارف به .

﴿ فرع ﴾ وإذا طلب أحد الشريكين حفر البئر لزيادة مائها فانه لا تلزمه إجابته إلا أن يعرف أنها ان لم تحفر قل ماؤها .

﴿ أو ﴾ طلب أحدهما قسمة الحائط المشترك بينهما فامتنع الآخر لم يجبر الممتنع ﴿ عن قسمته ﴾ لأن لكل واحد حقا فى الانتفاع بنصيبه ونصيب شريكه فلا يجبر على إسقاط حقه ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من أن يكون ملكهما وأحدهما يستحق الحمل عليه دون الآخر وطلب المستحق القسمة فإنه يجبر الذى لا يستحق الحمل وإنما يجاب إذا كان الجدار واسعا بحيث يأتى نصيبه قدر جدار إذ لو كان ضيقا لم يجب إلى القسمة . ويقسم الجدار إذا وجب قسمته كيف أمكن شقا ــ أى عرضا ــ أو جانبا ــ أى طولا ــ قبل خرابه أو بعده ﴿ بل ﴾ لو كان بينهما جدار معمور ثم انهدم فإنه يجبر ﴿ على اصلاحه ﴾ من امتنع من ذلك بمثل آلته الأولى على صفته الأولى أو مالا يتم الاصلاح إلا به وهو المعتاد فى البلد هذا إذا كان فيه نفع لهما أو لأحدهما .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا كان لجماعة حصن أو دار أو سفينة أو سيارة أو طيارة وتحتاج إلى من يحفظها كانت الأجرة على قدر أنصبائهم فيها وإن كان الحفظ لما فيها كانت الأجرة على قدر ما فيها من الأموال وإن كان لأجل حفظهم فعلى الرؤس

﴿ واعلم ﴾ أن منافع الجدر ثلاث وهو الستر والتحريز والحمل عليه بعمارة أو وضع خشب. وإذا كان أحد هذه الجدر موضوعاً لمنفعة معينة كان مقصوراً على تلك المنفعة ﴿ ولا ﴾ يجوز أن ﴿ يفعل أيهما غير ما وضع له من سترة وتحريز وحمل ﴾ فإذا كان الجدار الذى بينهما موضوعاً للستر والتحريز فقط كالذى بين البساتين والمزارع فليس

لأحدهما أن يغرز فيه خشبة أو يفتح بابا أو يحمل عليه إلا بإذن شريكه لأنه لم يوضع لذلك وأما إذا كان موضوعا لها السكل كالذى بين دارين وهى جدر ساحات الدور المعروفة تلك الساحات بالأحواش[١] أو ما كان بين حانوتين فلكل واحد من غير مؤاذنة شريكه أن يحمل بحيث يمكن شريكه أن يفعل مثله ﴿ ولا ﴾ يجوز أن ﴿ يستبد به ﴾ أى بالزائد على قدر حصته ﴿ إلا بإذن﴾ شريكه ﴿ الآخر ﴾ فى المسئلتين وهما أن يفعل فيه غير ما وضع له أو يستبد به أو بأكثر من حصته فمتى حصل الإذن جاز وإذنه إباحته فإذا رجع صح رجوعه أما لو شرطا فى أول وضعه أن لكل منهما أن يضع ما احتاج كان ذلك بمنزلة الإذن .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا حصل التواطؤ بين الشريكين فى عمارة جدار بين بيتين فلما تم السقف الأول منع أحدهما التعلية على الجدار الذى بينهما فله المنع مالم يكن التواطؤ أو العرف إلى السقف الثالث ثم تعليته إليه .

﴿ مسئلة[٢] ﴾ إذا اشترى اثنان أو جماعة شيئا لينتفعوا به فى منفعة واحدة وتراضوا بها قبل شرائه كثور للذبح أو الحرث ثم امتنع بعضهم من ذلك وطلب أن ينتفع به فى منفعة أخرى فليس له ذلك بل يجبر على ما تراضوا عليه عند الشراء ولا يمنع من بيع نصيبه .

﴿ مسئلة ﴾ إذا كان الشىء مشتركا بين جماعة وفيهم غائب وأراد الحاضر أن ينتفع بقدر نصيبه منه فإنه يجوز الانتفاع بقدر نصيبه ويترك قدر نصيب شريكه وهذا فيما يمكن الانتفاع ببعضه ويترك بعضه نحو الدار والأرض وحيث لا يمكن الانتفاع فما كان مقصودا فى نفسه كالحيوان والسلعة لا يجوز أن ينتفع بها فى وقت ويتركها فى آخر على وجه المهاياة إلا بإذن شريكه أو بحكم الحاكم وما كان المقصود به غيره

(١) مفردها حوش وقد يقال لها فى العرف أيضا الحوى أو الحوية اه .

(٢) تستفاد وما يليها من البيان اه .

كالطريق المشتركة والساقى المشتركة فلكل واحد من الشركاء أن يستطرق الطريق متى شاء وأن يجرى الماء فى المسقاة إلى ملكه متى شاء سواء حضر شركاؤه أم غابوا والوجه فيه عادة المسلمين بذلك .

﴿ فإن فعل ﴾ أحدهما فى الجدار غير ما وضع له أو استبد به دون الآخر ﴿ أزال[١] ﴾ ذلك حتما فإن لم يزله فلشريكه أن يزيله ويرجع بأجرته عليه إن نواها ﴿ ولا يثبت ﴾ عندنا ﴿ حق[٢] بيد ﴾ فى ملك الغير. مثاله أن يكون الجدار ملكا لشخص فوضع آخر عليه جذوعا ثم حصل التداعى فطلب صاحب الجدار فى دعواه إزالة الجذوع وادعى صاحب الجذوع أن له حق الحمل عليه مستنداً فى دعواه على ثبوته ببقاء جذوعه لم يصدق فى ذلك بل لا بد من البينة على ذلك لأن الحقوق فى ملك الغير لا تثبت باليد فقط وكذا من فعل من أرض الغير مسقاة إلى أرضه وادعى أن له فى ملك الغير ذلك الحق لثبوت يده عليه لم يقبل قوله إلا ببينة على ذلك ولو كان قد ظهر تقادم ذلك المسقاة .

﴿ وإذا ﴾ كان الجدار لشخصين و ﴿ تداعياه ﴾ كل منهما يقول هوله دون الآخر ﴿ فلمن بين ﴾ منهما أنه له حكم به له ولو كان للآخر عليه يدٌ أو اتصل ببنائه والبينة إما بإقرار صاحبه أو بالاستثناء بعد ما باع أو باستمراره من قبل إحياء صاحبه لحقه لا بمجرد عادته واستمراره فلا فإن بينا معا فحيث لا يد لأحدهما أو اليد لهما سواء حكم به لهما معا وحيث اليد لأحدهما أو يده أقوى فإنه يحكم به للخارج أو لذى اليد الضعيفة لأنه كالخارج ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن لأحدهما بينة حكم به ﴿ لمن اتصل ببنائه ﴾ دون الآخر لأن الظاهر معه إذا كانت الفرج من طرفه مهيأة لجدار المدعى له والمصرة

---

(١) وندب للجار أن يفتح باباً لجاره فيمر منه إذا لم يكن فى ذلك ضرر عليه وكذا يأذن له بإساحة مسيل أو غرز خشبة أو نحو ذلك لأن ذلك من مكارم الأخلاق وحسن الجوار اه .

(٢) وسيأتى أوضح من هذا فى الدعاوى آخر فصل (٣٥١) اه .

إليه فإن كانت العصرة من أسفل الجدار نحو أحدهما ومن أعلاه نحو الآخر حكم لكل منهما لمن العصرة إليه فى الأسفل بالأسفل وفى الأعلى بالأعلى .

﴿ثم﴾ إذا لم يكن لأحدهما بينة ولا اتصل الجدار ببناء أحدهما حكم به ﴿لذى الجذوع﴾ المركبة فى الجدار لأن الظاهر معه دون صاحبه وكذا لو كان التداعى فى عرصة فإنه يحكم بها لمن له عليها بناء دون الآخر .

﴿ فرع[1] ﴾ وإذا اشترك اثنان فى أسفل الجدار وكان على علوه خشب لأحدهما فادعى أن علوه له وحده وقال شريكه هو لهما معا كسفله فالقول قول صاحب الخشب لأن الاشتراك فى سفل الجدار لا يدل على الاشتراك فى علوه .

﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن لأحدهما بينة ولا اتصل ببناء أحدهما ولا لأحدهما عليه جذوع دون صاحبه فإنه يحكم بذلك الجدار ﴿ لمن ليس إليه توجيه البناء ﴾ لأن الظاهر معه ومثل توجيه البناء الوشيع وهو ما يجعل حول الحديقة والبيوت من الشجر والزرب منعا للداخلين فإنه يحكم به لمن ليس إليه توجيه البناء والزرب . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن وجه للبنا يتميز به عن قفاه كأن يكون مبنيا إما بالآجر[2] أو باللبن أو بالطين وهو المعروف بالزابور فإنه يحكم به ﴿ لذى التزيين والتجصيص ﴾ لأن الظاهر معه ﴿ أو ﴾ لمن عقود ﴿ القمط ﴾ أى الحبل الذى يشد به ﴿ فى ﴾ بناء ﴿ بيت الخص ﴾ وهو المبنى بالعشب أو بالقصب أو بالثمام أو بسعف النخل أو نحو ذلك من النباتات فمن كان إليه عقود الحبال المشدود بها هذا البناء فى أبنية الوشيع فإنه يحكم به له دون الآخر وقد يكون لهذا البناء وجه وقفا فيحكم به لمن ليس إليه توجيه البناء والعادة جارية كما

---

(١) يستفاد من البيان اهـ .

(٢) الآجر: طبيخ الطين. الواحدة آجره. واللبنة واللبنة ـ بكسر الباء وسكونها ـ التى يبنى بها وهى مربعة من طين والجمع لبن وأصل التلبين التربيع اهـ .

رأيناه فى تهامة أن التمام يكون إلصاقه من خارج إلى جهة الجار أو الطريق فيحكم به لمن ليس التمام إليه .

﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن لأحدهما شيء مما تقدم فإنه يرجع إلى التحالف والنكول فمن نكل خصمه دونه فحلف أو حلف رداً حكم له بالجدار وإن حلفا معا أو نكلا معا حكم بالجدار ﴿ بينهما ﴾ ولو نفياه معا فكالسقف يكون ملكا لهما بالضرورة أما لو بينا معا فمن كانت يده أضعف بأن يكون مع خصمه أحد هذه الأمور المتقدمة دونه فإنه يحكم ببينة الأضعف لأن بينته خارجة إذ الظاهر مع خصمه. أما لو كانا معا لهما أحد الأمور المتقدمة لكن أحدهما معه أكثر من الآخر فهما سواء كما لو كانا واضعين على الجدار جذوعا معا لكن أحدهما جذوعه أكثر فيحكم بالجدار لهما ﴿وإن زادت جذوع أحدهما ﴾ وسواء ادعى صاحب الأكثر الجدار كله له أم موضع جذوعه فقط فإنه يكون لهما على السواء ولا حكم للكثرة فى الاستبداد به .

﴿٢٧٥﴾ ﴿ فصل ﴾

فى حكم الشركة الثالثة وهى فى السكك .

﴿ واعلم ﴾ أن السكك ثلاث : « الأولى » نافذة مسبلة أو غير مسبلة لكنها لغير منحصرين أو ظهر فيها الاستطراق . « الثانية » نافذة غير مسبلة لكن تركها الملاك بين أملاكهم من غير تسبيل . « الثالثة » المملوكة المنسدة . وقد شرع فى بيان أحكام الأولى بقوله : ﴿ ولا ﴾ يجوز أن ﴿ يضيق قرار السكك[1] النافذة[2] ﴾

---

(١) السكة أوسع من الزقاق. سميت بذلك لاصطفاف الدور فيها اه .

(٢) وكذا السكة المنسدة التى فى أقصاها مسجد حيث أذن أهل الشارع ببنائه أو كان متقدما على البيوت اه .

لا بدكة(١) ولا بالوعة(٢) ولا مسيل ولا مربد(٣) ولا مزبلة(٤) ولا غير ذلك مما يضيق قرارها على المارة وعلى الإمام أن يأمر من يطوف على الطريق يتفقدها ويمنع ما يضر بالمارة فيها أو يؤذيهم كالحطب والزبل والمرور بأحمال الشوك إذا كانت تساقط فيه ، ويمنع اتخاذ السواحل إليها وربط البهائم عليها والكلاب ووضع السيارات وطرح الرماد والقمامة(٥) والميتة ونحو ذلك مما يضر بالمارة غيرهم .

﴿ ولا ﴾ يجوز أن يضيق ﴿ هواؤها بشيء ﴾ لا بروشن(٦) ولا جناح ولا ساباط(٧) ولا ميزاب لغير المعتاد كالمطر ونحوه فلا يجوز أن يفعل شيئا مما يضر بالمارة أو يضيق القرار أو الهواء ﴿ وإن انبسمت ﴾ هذه الطريق فلا يجوز بقاء المحدث ﴿ إلا ﴾ بشروط ثلاثة :

---

(١) الدكة معروفة : بناء على جانب من باب البيت من خارج يسطح أعلاه للمقعد ووضع أثقال الحمل عليها .

(٢) البالوعة معروفة جمعها بواليع وبلاليع : أي حفرة يجرى إليها من القناة أو الساحل الماء الوسخ والأقذار .

(٣) المربد فضاء بين بيوت يرتفق به أهلها أي يلقون فيها الكناسة .

(٤) لأن دين الإسلام مبنى على النظافة فى كل شيء ولهذا أرشدنا النبي صلى الله عليه وآله وسلم إليها حتى فى الساحات والأفنية وهى المتسع أمام الدور . فقال : « طهروا أفنيتكم فإن اليهود لا تطهر أفنيتها » وفى حديث آخر قال عليه الصلاة والسلام « طيبوا ساحاتكم فان أنتن الساحات ساحات اليهود » رواهما الطبرانى فى الأوسط عن سعد بن أبي وقاص . وقال صلى الله عليه وآله وسلم « غسل الاناء وطهارة الفناء يورثان الغنى » رواه الخطيب فى تاريخه عن أنس . والمراد بالغنى الدنيوى والأخروى الذى من أسبابه عافية المسلم فى بدنه ليتمكن من السعى للارتزاق والقيام بكامل الطاعات ولا ينال العافيه التى هى سبب الغنى إلا من حافظ على النظافة فى مأكله ومشربه وبدنه وثوبه ومكانه بل وفى كل شيء حتى فى الاناء والفناء لأن جل الأمراض نتيجة عدم النظافة اهـ

(٥) المزبلة موضع الزبل جمعها مزابل وهى المعروفة بالمذبلة ، والزبل معروف من تراب وسرجين أى فرث وبعر ورماد ونحو ذلك ويسمى أيضاً السرجين والسرقين . يقال زبل الأرض وذبلها أى أى سمدها وأصلحها بوضع الزبل فيها وهو المعروف بالذبل اهـ

(٦) الروشن والجناح خشب يخرج من حائط الدار إلى الطريق ولا يصل إلى جدار آخر يقابله فان وضعت به أعمدة من الطريق فهو الجناح وإلا فهو الروشن اهـ

(٧) الساباط سقيفة بين دارين تحتها طريق وهى المعروفة بالريشة اهـ

﴿ الأول ﴾ أن يكون بقاؤه ﴿ بما لا ضرر فيه ﴾ فى الحال والمآل على أحد من المارة المعتادة بين ذاهب وآيب وماش وراكب من الرواحل والسيارات وغير ذلك مما يعتاد مروره فإن ضرّ رفع ولو فى المآل .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون بقاء ذلك المحدث ﴿ لمصلحة عامة ﴾ للمسلمين كالمسجد أو للمارة كالسقاية وكذا بيت القاضى والمفتى والمدرس لما فى ذلك من المنافع للمسلمين وهذا مع بقاء الاستطراق للطريق فيجوز بالشروط الثلاثة ، وأما حيث انقطع المرور من الناس فإنه يجوز لآحاد الناس ولا يعتبر إلا إذن الإمام فقط لا المصلحة العامة .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يكون وضع المحدث ﴿ بإذن الإمام ﴾ أو الحاكم من جهته أو من جهة الصلاحية فهذا ما يجوز فعله فى السكك النافذة غير المملوكة بهذه الثلاثة الشروط .

﴿ السكة الثانية ﴾ النافذة غير المسبّلة وهى المتروكة بين الأملاك المقصودة بقوله ﴿ أو ﴾ يكون تضييقها لمصلحة ﴿ خاصة ﴾ لأهل تلك السكة جميعاً أو لأحدهم ﴿ فيما شرعوه ﴾ وتركوه بين أملاكهم للمرور وليس لهم منع غيرهم من الاستطراق . قال فى المقصد الحسن « وهذه الطريق التى بهذه الصورة هى صفة أكثر الطرقات التى فى الشوارع المملوكة فى المدن المعمورة وغيرها لأن ذلك هو الظاهر من حالها » فيجوز أن يفعل فيها ما فيه مصلحة خاصة بهم ﴿ كالميزاب والساباط والروشن والدكة والمسيل والبالوعة ﴾ فهذه الأمور يجوز فعلها سواء كانت مما نفعه لأحدهم أم لجميعهم وإن حصل به ضرر مهما كان معتاداً ولا يحتاج إلى مؤاذنتهم قال فى شرح الدوارى على اللمع « ولو جرى العرف منهم بغير ذلك لم يمنع من فعل ما جرت به العادة » وأما لو أريد أن يفعل فيها ما مصلحته عامة للمارين أو خاصة به غير معتاد فلا يجوز فعله إلا بإذن جميع الشركاء إذا كانوا منحصرين وأما إذا كانوا غير منحصرين فحكمها حكم السكة الأولى لا تجوز المصلحة العامة إلا بإذن الإمام وعدم الضرر وأما المصلحة الخاصة فلا تجوز فيها .

﴿ و ﴾ ﴿ السكة الثالثة ﴾ وهى المنسدة فـ ﴿ لا ﴾ يجوز فعل شيء فى ﴿ المنسدة ﴾ سواء كانت المصلحة خاصة أم عامة ﴿ إلا بإذن ﴾ المقابل والداخل من ﴿ الشركاء ﴾ المكلفين فيجوز ذلك إذ الحق له وبالإذن أسقط حقه ولكن يثبت له الرجوع ولو بعد الفعل وأما الخارج فقد انقطع حقه إلا أن يضر به كمجرى ماء يسيل إلى طريقه فحقه باق .

﴿ ويجوز ﴾ فى السكك من المسبلة النافذة والمشروعة/بين الأملاك والمنسدة أن يفعل المالك للدار ونحوها ما أراد من فتح ﴿ الطاقات ﴾ إليها للاستراحة وفتح كوة للضوء ﴿ و ﴾ فتح ﴿ الأبواب والتحويل ﴾ مما كانت عليه إلى أى مكان شاء ﴿ لا إلى داخل ﴾ السكة ﴿ المنسدة[1] ﴾ فليس له أن يفتح إليه طاقة ولا كوة ولا بابا ولا نحوها ﴿ بغير إذن ﴾ المقابل والداخل من ﴿ أهله ﴾ لأن الحق مشترك له ولغيره فلا يجوز إلا بإذن ذوى الحق ما لم تكن العادة جارية بينهم أن يفعل كل واحد منهم ما جرت به العادة من روشن ودكة وبالوعة وفتح طاقة وتحويل باب ونحوها فإنه لا يمنع كما هى العادة فى الشوارع المنسدة بصنعاء لا الساباط والجناح فيمنع .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا أراد الإنسان فتح طاقة أو كوة فى بيته فوق بيت الغير أو حوشه المعروف بالحوية أو نحوها فإنه لا يمنع لأن له أن يفعل فى ملكه ماشاء وإن ضر الجار ولكن لا يطل برأسه ولا يجعل مصاريع الطاقات ولا كنانها[2] إلى ملك الغير لئلا يستعمل هواء الغير بخلاف الزقاق غير النافذ فإنه يمنع من الفتح إليه ، والفرق أن فى حق الجار للمالك أن يفعل مايمنع إطلال الجار أو استعمال الهواء بخلاف الزقاق المنسد فالحق فيه مشترك لا يمكن أحدهم أن يفعل ما يمنع الإطلال من سقف أو غيره لأن الحق فيه مشترك له ولغيره .

---

(١) فى غير الدرب الدوار فحكمه حكم النافذة اهـ

(٢) جمع كنة وهى المعروفة : جناح يخرج من الحائط فوق الباب أو الطاقة لتقيه من المطر والشمس وتركها أولى من استعمالها صحة لأنها تمنع دخول أكثر الشمس من الطاقات إلى المساكن

﴿ نعم ﴾ ﴿ وفى جعل بيت فيها ﴾ أى فى السكة المنسدة ﴿ مسجداً أو نحوه ﴾ فلو أراد أحد أرباب السكة المنسدة أن يجعل فى بيته مسجداً أوطريقا مسبّلا نافذاً أوحماما مسبلا ففى صحة ذلك ﴿ نظر ﴾ الصحيح أنه لا يجوز لأحد من أهل السكة أن يفعل مسجداً أو حماما أو نحوهما مسبلا لما فيه من إدخال الضرر عليهم وليس لأحد من أهل السكة أن يفتح بابا من داره إلى دار أخرى ليس لها فى استطراق السكة هذه حق ليستطرق أهلها من تلك الدار إلى هذه سواء كانت الدار الأخرى إلى شارع منسد أم نافذ لأن فى ذلك إثبات حق لغير المستحق وكذا ليس لأحدهم إذا أراد إسالة ماء غير معتاد إلى داره ثم يسيله إلى دار يستحق فيها الإسالة ، ويمنع من أراد خراب داره وجعله عرصة لتضرر أهل الشارع بدخول السارق أو مرور من لا حق له إلا أن يبقى جدار يمنع السارق أو المار فلا يمنع وكذا لو أجر منازل داره من جماعة وأراد أن يفتح بابا إلى منزل كل واحد منهم من السكة فلأهل السكة أن يمنعوه . وأما لو أراد أن يتخذ طريقا إلى منزل كل واحد منهم من داخل الدار فلا مانع من ذلك لأن له أن يفعل فى ملكه ما شاء وإن ضر الجار .

﴿ مسئلة ﴾ إذا كانت عرصة لرجل وماؤها يجرى إلى عرصة أخرى فبنى صاحب العرصة الذى له جرى مائها إلى الأخرى وأراد أن يجعل للبناء بعد سقفه ميزابا إلى العرصة التى كان يستحق الإسالة إليها لم يكن له ذلك ولا له أن يجعل ساحلا على جداره إلا أن يغوره فى بطن جداره ويختم عليه من أعلاه إلى أسفله ويجعل البالوعة فى قعر داره ، وأما العكس وهو أن يستحق إسالة ماء بيته إلى حوش غيره وهى الحوى فمتى خرب بيته فله إسالة ماء العرصة إلى تلك الحوى كما كان له من قبل أن يخرب البيت

﴿٢٧٦﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان حكم الطريق إذا التبس قدر عرضها وحكم الصوامع المحدثة بعد الدور

﴿و﴾ اعلم أنه ﴿إذا التبس عرض الطريق[١]﴾ فى المسبلة والتى ﴿بين الأملاك﴾ والحقوق والمباح إذا أرادوا إحياءه وكان اللبس فى أى هذه الطرق بدون خلط خالط متعمد وإلا فالضمان عليه بل بحريق أو خراب أو سيل جارف أو غير ذلك وتشاجر الجيران فى عرض الشوارع والأزقة . فأحسن التقدير فى عرض الشوارع أن تقول إذا حصل التشاجر بين الجيران ﴿بقى﴾ من تلك العرصة ﴿لما تجتازه العماريات﴾ يعنى المحامل ﴿إثنا عشر ذراعاً﴾ عمرياً كما مر[٢] تحقيقه ، لهذا يكون كافياً لاجتياز المحمل وهو ما يحمل فيه الهودج لجواز اتفاق ذاهب وآيب وللسيارات ما تحتاج إليه لجواز اتفاقها ذاهبة وآيبة إذا كانت تعتاد اجتيازها ﴿ولدونه سبعة﴾ أذرع فى بلاد المحامل وعلى الجملة ان المعتبر أن يبقى لعرض الطريق وهوائها بحسب الحاجة . ﴿و﴾ إذا كان التشاجر فى عرض الطريق ﴿فى﴾ الأزقة ﴿المنسدة﴾ فيترك لعرضها ﴿مثل اعرض﴾ أبوابها إن عرفت فإن جهلت أو لا أبواب لها فمثل أعرض ﴿باب فيها﴾ قبل الهدم فإن لم يعرف أعرض باب فيها فمثل أعرض باب مما قد عمر أخيراً فإن لم يكن قد تجدد البناء فيها فما رآه الحاكم أن يكون طريقا لزم اتباعه ﴿ولا يغير ما علم قدره﴾ من الطريق المسبلة والمنسدة والمشروعة بين الأملاك ﴿وإن اتسع﴾ عرضها أو ضاق إلا بالشروط الثلاثة التى تقدمت .

---

(١) والمحجة الطريق الواضح البين « والأسلوب والسنة » الطريق المستوى « والفج » الطريق الواسع بين جبلين أوسع من الشعب ، الجمع فجاج وأفج سلكه « والثنية » الطريق فى الجبل أو إليه « والشعب » الطريق فى الجبل أيضاً « والزقاق » الطريق الضيق دون السكة «والمجازة» الطريق إذا كان فى السبخه ، الجمع مجاز «والالغاز» طرق تلتوى وتشكل على سالكها الواحدة لغز * والموارد الطرق إلى الماء الواحدة مورده ، وكذا المثاب اه

(٢) فى أثناء فصل ٦٣ فى قولنا فرع والبريد أربعة فراسخ اه

﴿ وتهدم الصوامع ﴾ ونحوها من القصاب والمعاقل المسبلة ولو فى ملكه[١] وسبلت ﴿ المحدثة ﴾ بعد البيوت التى بجوارها ﴿ المعمورة ﴾ عليها ولو على بيت ذمى فتهدم لأن له حقاً فإن تقارن عمارة الصومعة والبيوت أو التبس التقدم فلا تهدم ﴿ لا تعلية الملك ﴾ فإنها لا تهدم التعلية ﴿ وإن اعورت ﴾ على جاره[٢] ﴿ فلكل إن يفعل فى ملكه ما شاء ﴾ من ماء أو دخان أو دق حدادة أو نجارة أو آلة ميكانيكية طاحنة أو غير ذلك ﴿ وإن ضر الجار ﴾ سواء كان الضرر بالملك أم المالك ﴿ إلا ﴾ أن تكون المجاورة بينهما بالعلو والسفل فليس لأحد أن يفعل فى ملكه ما شاء كما تقدم تفصيله[٣] أو تكون المجاورة بينهما ﴿ عن قسمة ﴾ ولو فى غير العلو والسفل فليس لأحد الجارين المتقاسمين أن يضر بملك جاره ولا بمالكه وهـــذا إنما يعتبر بين المتقاسمين فقط والمتقاسم فيه ما دام لهما لا لو انتقل الملك ببيع أو نحوه فلا يعتبر ذلك إذ القسمة شرعت لدفع الضرر بينهما وقد زال إلا ما شرط عند القسمة أو كان معتاداً قبلها فيجوز فعله وإن ضرّ كالدخان ونحوه فلو عرف أن القصد الضرر فقط أثم بذلك .

﴿٢٧٧﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان الشركة الرابعة وهى الشركة فى الشرب[٤] وما يتعلق به وقد أوضح الإمام عليه السلام ذلك بقوله: ﴿ وإذا اشترك ﴾ جماعة ﴿ فى أصل النهر ﴾ بأن حفروا فيه جميعا ولا عبرة بخروجه بضربة أحدهم دون الآخرين لأنه لم يخرج إلا بمجموع

---

(١) ولا يقال إن لكل أن يفعل فى ملكه ماشاء لأنها مصلحة عارضتها مفسدة فتمنع .

(٢) ما لم تكن التعلية لذمى فتهدم اه

(٣) فى فصل ٢٧٣ فى شرح قوله (ويضمن ما أمكنه دفعه من أضرار نصيبه اه

(٤) الشرب بضم الشين إسم للفعل كقوله تعالى : (فشاربون شرب الهيم) وبكسرها اسم للنصيب قال تعالى : (لها شرب ولكم شرب يوم معلوم) اه .

فعلهم جميعا ﴿أو﴾ اشتركوا فى ﴿مجارى المـاء﴾ بأن كانت السواقى التى يجرى فيها الماء مملوكة لهم مشتركة أو أحيوا مساقيه جميعاً والماء مباح كالسيول وماء بطون الأودية والأنهار الخارجة من المباح ﴿قسم على﴾ قدر ﴿الحصص إن تميزت﴾ فى النهر أو المجرى أو عرف قدر نسبتها من ثلث أو نحوه فيكون لذى النصف نصف ولذى الثلث ثلث ولذى السدس سدس ونحو ذلك ﴿وإلا﴾ يتميز موضع الحفر من أصل النهر أو المجرى قسم «على الرؤس[1]» ويبين مدعى الزيادة وان تميز موضع الحفر من كل واحد طولا وعرضا وعمقا لكن جهلت نسبته وتصادقوا على جهل الحصة بالنسبة أو ادعى كل واحد إن قدر حفره يأتى كذا ﴿مسحت الأرض﴾ يعنى قرار النهر أو قرار المجرى وقسم الماء على قدر الحصص بحسب ما ظهرت نسبتها بالمساحة من ثلث ونصف وسدس ونحو ذلك. هذا حيث اشتركوا فى أصل النهر أو المجرى بأن حفروه جميعاً أما إذا أحيوا الأراضى على الماء المباح فى وقت واحد قسم الماء على قدر المزارع فلو تشاجروا على قدر نسبتها مسحت وقسم الماء على قدرها وأما لو كان إحياء الأراضى مترتباً شيئاً بعد شيء فإنه يثبت للمحيي أولا حق وهو أنه أولى ممن بعده بكفايته وليس لمن أحيي بعده إلا ما فضل ولو هو أعلى منه ثم من بعده فى الإحياء وهو الثانى أولى من الثالث ثم كذلك ما كثر الاحيـاء مترتبا ﴿وأجرة القسام﴾ تلزم المقتسمين جميعاً ﴿على﴾ قدر ﴿الحصص﴾ فمن كان له الثلث فعليه من أجرة القسام الثلث .

---

(١) قال فى الأثمار : «غالبا» قال فى الشرح احتراز من أن يعلم ثبوت السق لهم جميعا وتشاجروا كم لكل شخص منهم فإن القسمة لا تكون على الرؤس حينئذ بل على قدر ساحة الأرض فيكون لكل بقدر حصته من المزرعة ذكره أصحاب الشافعى وهو المراد بكلام أهل المذهب اهـ .

﴿ ولذى الصبابة[1] ﴾ أى ولصاحب البقية من المـاء كالمتأخر إحياؤه ولو كان أعلى : ﴿ ما فضل ﴾ من المـاء المباح ﴿ عن كفاية ﴾ المتقدم إحياؤه سـواء كان هو ﴿ الأعلى[2] ﴾ أم الأسفل لأن الأعلى قد يكون شربه صبابة إذا تأخر إحياؤه ﴿ فلا يصرف عنه ﴾ الماء إلى محل آخر غير أرضه ولو كان الصارف للفضلة هو المحيي الأول فليس له صرف الفضلة عن المحيي الثانى إلى أرض أخرى غير مستحقة للمـاء أو كان استحقاقها متأخراً عن المحيي الثانى . ولا يعتبر عندنا فى الـكفاية أن يمسك الماء حتى يبلغ الشراكين فى الزرع والـكعبين فى النخل بل اعتبر العرف فى قدر كفايته من قليل أو كثير لأن الأراضى تختلف . والعبرة بما كانت عليـه الأرض من غرس أو زرع عند ثبوت الحق وهو حال الإحياء فإن التبس ما كانت عليه حال الإحياء فالعبرة بما عليه الأرض عند سقيها من غرس أو زرع فلو كانت زرعا ثم غرست فيسقى الغرس أو غرساً ثم زرعت فيسقى الزرع .

﴿ ومن ﴾ ثبت لغيره ﴿ فى ملـكه ﴾ أو حقه أو ممـا ولايته إليـه من الوقف ﴿ حق مسيل ﴾ للغير من ساقية لسيل أو غيـل ﴿ أو إساحة[3] ﴾ أو نحوهما ولو فى أرض مسجد أو صغير أو وقف. مثال ذلك : إذا كان الأعلى يستحق إفاضة مائه إلى الأسـفل أو من بجنبه أو الأسفل يستحق مسيل الماء فى حق الأعلى أو من بجواره

(١) الصبابة ـ بضم الصاد ـ البقية من الماء وغيره فى السقاء والإناء يقال : « لم أدرك من العيش إلا صبابة » الجمع صبابات اه .

(٢) الأولى أن يقال « وللآخر ما فضل عن كفاية الأول » وقول الإمام عليـه السلام « الا على » بناء على الغالب وأنه لاحظ معنى الصب فى اللغة وهو الإنزال وفى الماء كذلك يعنى السكب وانحداره فى الوادى وغيره من فوق إلى تحت قال الله تعالى : (إنا صببنا الماء صبا) أى أنزلناه . وقال تعالى (يصب من فوق رؤسهم الحميم) اه .

(٣) الإساحة جرى الماء على وجه الأرض المستوية من ساح يسيح سيحا وسيحانا فهو ماء « سائح وسيح » يقال : « هذه الأرض تسقى سيحا » اه .

﴿ لم يمنع المعتاد ﴾ من الإساحة أو المسيل من سيل أو غيـل أو غيرهما كمنافذ ماء البيوت ﴿ وإن ضر ﴾ ذلك الماء المعتاد داره أو أرضه أو أفسد زرعه بالإساحة له منها أو الإساحة إليها لم يكن له المنع مثال ذلك : إذا كان لرجل نهر جار فى ساقية وحول الساقية أرض لغـيره وكان الماء يجرى فى الساقية فيضر الأرض التى بجوار الساقية فليس على صاحب النهر أن يفعل ما يمنع الضرر أو خروج الماء من ساقيته إلا لخلل بها عن عادتها. فيلزم إصلاحها ويضمن ما أفسدت فى أمر الغـير وإلا فعلى صاحب الأرض أن يفعل فى أرضه ما يدفع الماء عن أرضه إن شاء هذا حيث كان المـاء هو المعتاد وغير المعتاد يضمنه إن كانت الزيادة بفعله أو أمكنه ردها وعلم ذلك . « وإنما يشترط[1] علمه وتمكنه حيث لم يكن سـبب الزائد على المعتاد منه وإلا ضمن مطلقاً » .

« نعم » وإذ ثبت للأسفل حق الصبابة من الأعلى ثبت للاعلى حق إرسالها إلى الأسفل وليس للأسفل منعه من إرسالها ولا لأحدهما أن يفعل فى الحق غير المعتاد على وجه يضر بالآخر كأن يفعل الأعلى ما يضر بالأسفل بإلقاء الطين غير المعتاد على أرضه أو نحو ذلك ولا لمن الحق فى ملـكه أو نحوه أن ينقله من موضعه إلى موضع آخر وإن لم يكن فى ذلك ضرر .

« واعلم » أن الحق يثبت فى الصبابة أو الإساحة أو المسيل إما بالضرورة حيث لم يمكن مروره إلا فى الأعلى أو لم يمكن إساحته إلا إلى الأسفل هذا إذا كان مالك الأعلى والأسفل واحداً وإن كانوا أكثر فرض الحاكم بالقيمة حيث وقع التصادق على ثبوت حق الأسفل من أصل النهر ثم التبس موضع المر أو بالتصادق أو بالبينة ممن يدعى الحق أو بنكول المدعى عليه منهما أو برده اليمين على المدعى وتكون البينة على أن الماء كان يسيح من هذه إلى هذه أو أن هذه مسيلها من هذه أو أن الماء من

(١) من حاشية السحولى اه .

الأعلى له الصب إلى الأسفل أو أن الأسفل له الصبابة من الأعلى أو على إقراره أو أنه باع واستثنى مرور الماء وتثبت العادة فى الصبابة والإساحة والإسالة بمرة واحدة بالاختيار لا لو استرسل الماء بنفسه فلا حكم له ولا يثبت به حق وبالاختيار تثبت العادة بمرة واحدة ولو كان المالك للعليا والسفلى واحداً وأساح من العليا إلى السفلى ثبت للعليا حق الإساحة إلى السفلى وللسفلى حق المسيل من العليا فإذا باع إحداهما ثبت للمشترى حق الإساحة إذا كانت المبيعة العليا أو من المسيل إذا كانت المبيعة السفلى فأما لو تراضوا بالإساحة ونحوها على وجه العارية مدة مقدرة أو مطلقا فلذلك حكم العارية ولا يثبت للمستعير حق .

﴿ فرع[1] ﴾ فلو ادعى ذو الأسفل أنه مشارك فى الإحياء وأنه كان فى وقت واحد وقال ذو الأعلى هو المتقدم وأن ليس للأسفل إلا ما فضل على أرضه فالقول قول ذى الأسفل فى الغيل لأن الظاهر معه فى الاشتراك فمن ادعى الصبابة فعليه البينة والقول قول ذى الأعلى فى السيل للعرف بذلك .

﴿ مسئلة ﴾ من اتخذ عزمة[2] فى واد يرد به الماء إما ليجتمع فيه الصيد أو ليسقى أرضا مرتفعة فإن كان ذلك حقا له من الأصل جاز وإن لم يكن له حق . فإن لم يكن لأحد حق فى ذلك الوادى جاز وإن كان فيه حق لغيره فإن كان لمحصورين لم يجز إلا برضاهم وإن كان لغير محصورين لم يجز إلا بشروط ثلاثة وهى عدم المضرة وأن يكون ذلك لمصلحة عامة وأن يكون بإذن الإمام أو الحاكم .

﴿ و ﴾ من ثبت فى ملكه أو حقه أو وقفه حق لغيره من إساحة أو مسيل أو غيرهما وتغير شىء من ذلك لزم صاحب الملك ونحوه وتحتم ﴿ عليه إصلاحه ﴾ إلى عادته

---

(١) يستفاد مع ما بعده من البيان اه .

(٢) العرمة سد يعترض به الوادى الجمع عرم مثل كلم وكلمة وقيل العرم جمع لا واحد له اه .

الأولى لينتفع به من له الحق « إلا لعرف[١] » جار بأن من له الحق هو الذى يصلح ذلك وليس على من هو فى ملكه إلا التمكين له فإنه لايجب عليه لأن العرف الجارى يعمل به فى مثل ذلك كما فى كثير من المواضع مما تقدم ويأتى . وإنما الذى لا يعمل به فيه ما صادم نصاً صريحاً « أو السبب من المستحق » كان يجرى من المسيل شيئاً كثيراً فيأتى بالأحجار والتراب والخشب وغيرها حتى غير ذلك فإنه لا يجب على من الحق فى ملكه الإصلاح .

﴿ فرع[٢] ﴾ وإذا كانت أرض بين شريكين تشرب موجاً فتغير جانب منها بحيث يضره خروج الماء منها أو غيره لزم صاحب التغير إصلاحه فإن لم يمكن إجباره أو تعذر عليه كان له الإصلاح ويرجع عليه بما غرم أو يحبس حتى يستوفى ما غرم كمسئلة العلو والسفل إذا انهدم واحتاج إلى الإصلاح لينتفع بملكه الآخر ومن هذا القبيل لو كان لأحدهما الدغر ـ أى مدخل الماء إلى الأرض ـ ثم ينصب منها إلى الموقر وللآخر الموقر ـ الذى يقر فيه الماء ـ فارتفع الموقر أو الدغر لزم صاحبه إصلاحه بإزالة التراب حتى يعود كما كان وكذلك الحكم إذا انخفض أحدهما لزم صاحبه أن ينقل له تراباً ويصلحه حتى يعود إلى ما كان عليه فإن تعذر الإصلاح من مالك التغير بانخفاض أو ارتفاع فكما قلنا فى مسئلة العلو والسفل وليس له أن يجعل على ملكه عرمة لمصلحة نفسه وضرر جاره فإن تغير الدغر والموقر والتبس الحال هل انخفض الدغر أم ارتفع الموقر وكل منهما يدعى أن التغير فى ملك صاحبه فمن بين منهما أو حلف دون صاحبه أن ملكه باق على أصله وأن التغير فى ملك صاحبه لزم صاحبه الإصلاح وإن بينا أو حلفا أو نكلا معا لزم كلا منهما نصف الإصلاح فيزيل صاحب المرتفع نصف التراب ويكبس صاحب المنخفض نصف المنخفض حتى يستويا .

(١) من شرح الفتح اه .
(٢) يستفاد من البيان ، ومن المقصد الحسن اه .

﴿ و ﴾ إذا كان لرجل عين جارية أو بئر أو مسيل أو دار فى مباح وأراد غيره أن يجيء بقربه لم يجز له ذلك إلا برضاء المالك . وللمالك أن ﴿ يمنع المحيي لحريم ﴾ تلك ﴿ العين والبئر والمسيل ﴾ والشجر ﴿ والدار ﴾ والأرض وكل هذه فى المباح المنفرد عن مجاورة الملك أو الحق للغير ﴿ إلا المالك ﴾ من قبل حدوث العين ونحوها أو أراد مالك العين ونحوها إحياء حريمها لم يمنع . قال السحولى « الاستثناء هنا لم يخرج شيئاً من المستثنى منه لأن الإحياء لا يكون إلا فى المباح » .

« نعم » أما حريم العين والبئر والمسيل فهو ما أضيف إليها وكان من حقوقها ومرافقها بقدر ما تحتاج إليه من التصرف فى جوانبه بالمشى وإزالة الحمأة إلى الجوانب وما تحتاج المواشى من المرابط عند السقى لها فى النهر أو البئر أو المجرى وما يحتاج إليه عند الإصلاح لو انهدم وكذا ما يخشى منه على العين ونحوها من الضرر فى الحال أو فى الاستقبال بالإحياء فى ذلك المكان من نضوب ماء أو غير ذلك فإنه يمنع حريمها المحتاج إليه فى الحال والاستقبال ولا عبرة بكون البئر جاهلية أو إسلامية أو غير ذلك بل العبرة بما ذكرنا . وأما الدار فحريمها فى المباح مثل أطول جدار فيها إن كانت قد عمرت وإن لم تكن قد عمرت فمثل أطول جدار فى ذلك المحل فى مثل هذه الدار التى يريد صاحبها بناءها لمثله من الأشخاص فى ذلك المحل فإن لم يكن قد عمر هنالك رجع إلى أقرب بلد إليها وأما فى المدن والقرى فالظاهر أنه لا حريم للدور وغيرها لأن المتصل بها طريق نافذة أو ملك فليس لمالك البئر أو الدار أن يفعل ما يمنع المار فيها أو تكون منسدة فأهل الشارع فيها على سواء أما مجارى ماء الدار ومنافسها فأمر ضرورى لا بد منه .

﴿ مسئلة[١] ﴾ وإذا كانت حافة وهى العرصة بين نهر وأرض ومزرعة أو دار وادعى كل واحد منهما أنها له حريم داره أو نهره وأنه المتقدم فى الإحياء فإن

(١) تستفاد من البيان اهـ .

علم تقدم ملك أحدهما على الثانى أو بين أو حلف دون صاحبه فهو الأولى بها وإن لم يعلم فإن كانت تكفيهما حريما معاً قسمت بينهما وإن لم تكفهما فالنهر أولى بها من الأرض والدار .

﴿ لا من جرّ ماء ﴾ حقاً موجوداً ﴿ فى ملك غيره ﴾ أو حقه أو وقفه ﴿ من ملك نفسه ﴾ أو حق نفسه فإنه لا يمنع من ذلك ما لم يكن عن قسمة فيمنع مثال ذلك : لو كان لرجل ملك أو حق بازاء نهر الغير أو بئره فحفر فى ملكه أو حقه بئراً سواء كانت من فوق أو من تحت أو مساوية فجذبت ماء نهر الغير أو ماء بئره إلى بئر نفسه فإنه لا يمنع من ذلك ولو أدى إلى أن يستغرق ماء نهر جاره أو بئره ولا يأثم بذلك مهما كان الماء فى النهر أو البئر باقيا على أصل الإباحة أما لو كان فى بركة أو سقاية مملوكة فليس له جرة من ملك نفسه فإن فعل فلا يملكه بل يلزمه رده أو مثله إن كان قد تلف .

﴿ أو سقى بنصيبه ﴾ فى الماء من بئر أو غيل أو سيل قطعة ﴿ غير ذات الحق ﴾ كأن يكون الحق لقطعة فحول ماتستحقه من الماء وسقى به قطعة أخرى غير مستحقة فإنه لا يمنع ﴿ إلا لإضرار ﴾ يحصل على من له حق فى الماء وذلك فى صورتين :

﴿ إحداهما ﴾ إذا كان يؤدى سقيه بنصيبه فى الأرض الأخرى إلى يبس الساقية حتى تأخذ بعض ماء الثانى فى نوبته فليس له ذلك إلا أن يترك من نصيبه من الماء ما يبل الساقية جاز .

﴿ الصورة الثانية ﴾ أن يكون له كفايته وللأسفل ما فضل فإنه بصرفه المعتاد عن الأعلى يضر بالأسفل فليس له ذلك إلا أن يعلم أنه لا يزيد على ما كان يأخذه الأعلى ولم يؤد إلى يبس الساقية أو كانت القسمة بالمدة كأن يكون المتقدم بالإحياء له كفايته يوم وليلة وما بعدهما لصاحب الفضلة جاز له صرف نصيبه إلى غير ذلك الحق . ومما يلحق بالضرر أن يؤدى المصرف إلى غير ذات الحق نحو « أن يفتح

له فى جانب الساقية فى موضع غير معتاد[١] » .

﴿ فرع ﴾ لو كان لجماعة مجرى لمـاء السيل أو الغيل أو البئر أو لها جميعاً ثم إن بعض الشركاء أحدث بئراً أخرى فى ملكه وأراد أن يجرى فيه ماءها كما يجرى ماء غيرها فى وقت خال عن جرى المعتاد فيه لم يكن له ذلك ولو كان النهر أو البئر قد نضب الماء فيهما وجف المجرى إذ هو استعمال للمشترك فى غير ما وضع له وهو لا يجوز إلا برضاء الشركاء ويثبت لهم الرجوع عن الإذن متى شاءوا .

﴿٢٧٨﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان ما يصير به الماء مملوكا وما لا يجب الملك . قال الإمام عليه السلام ﴿و﴾ اعلم أن المـاء أصله مباح فلا ﴿ يملك المـاء ﴾ إلا ﴿ بالنقل والإحراز ﴾ وإن لم يقصد التمليك كما فى الإحياء لا بالنقل وحده كمن يحوض الماء المباح ولا بالإحراز وحده كماء البئر فى الدار والأرض فإنه يكون حقاً لا ملكا ﴿ أو ما فى حكمهما ﴾ يعنى فى حكم النقل والإحراز وهو ماء صهاريج[٢] وأحواض البيوت ومواجل الحصون الممنوعة وبرك المساجد فى بعض الجهات فهذه وكلما اشتد تحرز أهله عليه ملك لأنها قد صارت فى حكم المنقول المحرز ﴿ فتتبعه أحكام الملك ﴾ وهى احترامه ووجوب ضمانه وصحة بيعه وشرائه وقطع سارقه ولا يجوز منه شرب ولا طهور إلا بإذن المالك أو جرى عرف .

﴿ فرع ﴾ والمواجل التى تكون فى أملاك أهل القرية وهم الحافرون لها وثابتو

---

(١) عبارة حاشية السحولى اه .

(٢) الصهريج كقنديل حوض يجتمع فيه المـاء الجمع صهاريج والمصهرج المطلى بالصاروج وهو الـكلس وأخلاطه وهو المعروف بالقضاض « والماجل » كل ماء فى أصـل جبل أو واد اه قاموس .

اليد عليها ليس لغيرهم من أهل القرى الأخرى الاغتراف منها بدون إذنهم ولأهل القرية منعهم لأن القول قولهم فى الملك لثبوت اليد ومن ادعى التسبيل أو الملك من أهل القرى الأخرى بين على ذلك كما هو المختار .

﴿ وهو مثلى ﴾ يضمن بمثله إذا تلف ﴿ فى الأصح ﴾ من الأقوال والماء جنس واحد ويتنوع فيما بينه فالمطر نوع وهو الكرع والبرد نوع والثلج نوع وماء الآبار نوع والغيول والجداول نوع والبحار نوع وصفة الماء العذوبة والملوحة والخفة والثقل واختلاف هذه الصفات لا تخرجه عن كونه مثليا ولو كان مكيلا أو موزونا فى بعض الجهات فيصح قرضه ويحرم بيعه متفاضلا ويجب رد مثله فى النوع وفى الصفة فإن عدم مثله فى البريد فالقيمة .

﴿ فرع ﴾ ومن سقى بدول شريكه فى مواجل الغيول فيلزمه أجرة نصيب شريكه فى الماجل والساقية بالنظر إلى نفع الماء .

﴿ وما سوى ذلك ﴾ يعنى المملوك والمحرز وما فى حكمهما ﴿ فحق لمن سبق إليه ﴾ سواء كان من ماء الأودية أم من الغيول الكبار أو الأنهار الصغار كالجداول والنجل أم من الآبار والعيون المستخرجة بالحفر وغيره وماء المواجل المملوكة والماء الذى يقع إلى الأرض المملوكة ، وكذا ماء المواجل المسبلة فى الطرقات وماء الجرة إذا وضعت تحت ميزاب ولم تنقل ، فهذا كله لا يوجب الملك بل يكون باقيا على أصل الإباحة من سبق إليه فهو أولى بـ ﴿ قدر كفايته ﴾ لزرعه وشجره ومواشيه ونفسه وما فضل عن كفاية ما يريده فباق على أصل الإباحة ﴿ ولو ﴾ كان ﴿ مستخرجا من ملك فى الأصح ﴾ كالبئر فى الدار والأرض المملوكة ، فيجوز لسائر الناس الأخذ منه ما يحتاجون إليه من سقى وغيره ﴿ لكن يأثم الداخل ﴾ بالدخول لاستعماله ملك صاحب النهر أو البئر أو حقه ﴿ إلا بإذن ﴾ من المالك أو صاحب الحق أو ما فى حكم الاذن من جرى عرف أو ظن رضى فى الدار لا فى الأرض ما لم يظن الكراهة

﴿ و ﴾ يأثم أيضاً ﴿ الآخذ ﴾ لغير شرب وطهور من الماء المباح وملك الغير ﴿ على وجه يضر ﴾ صاحب الحق فى البئر أو النهر ، وأما إذا كان الآخذ للشرب ولو للدواب أوللطهور أو لغسل الأبدان أو الثياب فلا يأثم ولو استغرق جميع الماء ولو ضرّ صاحب الحق إذا كان الآخذ على وجه لايستعمل ملك الغير وإلا أثم ، والله أعلم .

﴿ ٢٧٩ ﴾ باب القسمة

هى لغة الافراز ، وشرعا إفراز الحقوق فى المثليات وتعديل الانصباء فى القيميات فالإفراز تمييز كل نصيب إلى حدة والتعديل التقدير واستيفاء المرافق .

﴿ فصل ﴾

﴿ يشترط فى الصحة[١] ﴾ أى فى صحة إجبار الممتنع ونفوذ القسمة سبعة شروط[٢] :

﴿ الأول ﴾ : ﴿ حضور المالكين ﴾ المشتركين جائزى التصرف ﴿ أو ﴾ حضور ﴿ نائبهم ﴾ كوكيل الغائب أو وصى أو ولى على صبي أو حمل أو مجنون أو منصوب من جهة الحاكم عنهما أو عن الغائب بريداً أو دونه إذا كان المقسوم يخشى فساده كاللحم والخضراوات أو نحوها أو عن المتمرد ﴿ أو ﴾ تحصل ﴿ إجازتهم ﴾ أو نائبهم للقسمة التى وقعت فى غيبتهم أو غيبة نائبهم فإنها تنفذ بعد الاجازة لاقبل الاجازة فللغائب ومن حضر القسمة الرجوع عنها لأنها كالعقد الموقوف لكل واحد نقضه. وأما الوارث المفقود فإنه يحفظ نصيبه بنظار الحاكم ولا يخرج منه شىء إلا نفقة لزوجته ومن فى

---

(١) لا يعتبر فى صحتها إلا ما يأتى فى قوله (ولا يقسم الفرع دون الأصل والنابت دون المنبت) وهذه السبعة شرط للنفوذ والإجبار كما فى شرحنا اهـ

(٢) وهذه الشروط السبعة لو تراضى أهل القسمة على القسمة مع خلو بعضها لم يمنعوا اهـ

حكمها كأقاربه حتى يتحقق موته أو تنتهى المدة المقـدرة بالعمر الطبيعى فيقسم بين ورثته ما بقى من ماله ﴿ إلا فى المـكيل والموزون ﴾ فلا يشترط حضور جميع الشركاء وإنمـا يشترط وصول نصيب كل شريك إليـه كما أن لـكل واحد أن يأخذ نصيبه وإن لم يحضر شريكه مع اتفاق المذهب والغرض .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ من شروط إجبار الممتنع عن القسمة ﴿ تقويم المختلف ﴾ من القيميات كالعقارات المتفاوتة من الأراضى والمعمورات والعروض ونحوها مما لا يعلم استواء الأنصباء فيه بين المقتسمين إلا بالتقويم فلا يصح قسمتها مذارعة بل لا بد من التقويم ﴿ و ﴾ كذلك ﴿ تقدير المستوى ﴾ كل شىء بمـا يليق به المـكيل بالـكيل والموزون بالوزن والمذروع بالذرع مهما كانت أجزاؤه متساوية ولا تختلف الأغراض فيه فلو أريد قسمة المختلف من دون تقويم والمستوى من دون تقدير لم يجبر الممتنع من ذلك وأما لو قسموا القيميات موازاة والمثليات جزافا جاز مع التراضى وصحت ولم يكن لأحد النقض .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثالث ﴾ ﴿ مصير النصيب ﴾ من المقسوم ﴿ إلى المالك ﴾ له ﴿ أو ﴾ إلى ﴿ المنصوب الأمين ﴾ من جهة الإمام أو الحاكم عن الغائب فوق البريد أو المتمرد أو عن الصغير أو يقبضه وكيل المالك ولو لم يكن أمينا أما لو لم يصل النصيب إلى يد المالك أو وكيله أو منصوب الحاكم أو وصل إلى يد منصوبه إلا أنه غير أمين فلا يجبر الممتنع عن القسمة من الحاضرين أو الغائبين إلا أن ينوب الحاكم عن الغائب أو القاصر فهو قائم مقامه فيجبر الممتنع وإن لم يصل النصيب إلى المالك .

﴿ فرع ﴾ فلو تلف ما ترك للشريك قبل أن يصل إلى يده أو وكيله أو إلى يد المنصوب الأمين أو تلف فى يد المنصوب غير الأمين فلا يملك الشريك ما أخذه لنفسه فقط بل يلزمه رد حصة شريكه مما فى يده ، فلو تلف ماصار فى يده دون ماترك للشريك الغائب تلف من ملـكه والباقى للشريك الغائب ولافرق بين أن يتلف بجناية أو تفريط

أو لا، وسواء كان قبل قبض الشريك حصته من الباقى أم لا وأما لو تلف ما فى يده وما ترك للشريك فلا يخلو : إما أن يتلف ما فى يده بجناية أو تفريط ضمن لشريكه حصته وإما أن يتلف بدون جناية ولا تفريط لم يضمن وأما ما تركه لشريكه فإن تلف بجناية أو تفريط منه ضمنه لشريكه وإن تلف بغير ذلك لم يضمنه ولا يكون أخذه لنصيبه جناية على نصيب شريكه .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الرابع ﴾ ﴿ استيفاء المرافق ﴾ من الطرقات والمجارى وغيرها وكل شىء ما يليق به مما يحتاج إليه فى العقارات إذا كان ﴿ على وجه لا يضر أىّ الشريكين حسب الإمكان ﴾ فلو اقتسما داراً على وجه لا يكون لأحدهما طريق أو لا يكون له مسيل ماء فى نصيبه أو غير ذلك مما تدعو إليه الضرورة من المرافق فلا يجبر الممتنع عن القسمة ويجب أن تعاد بدون ضرر بأيهما إلا أن يقع التراضى بينهما فتنبرم القسمة ﴿ وحاصل ذلك ﴾ إن شرطوا طريقا صحت القسمة ولو ضرت الطريق بما حولها وإن شرطوا عدمها صحت أيضاً ولا رجوع فى القسمة لأجل الضرر لأنه أسقط حقه برضاه ورضى بالضرر، وإن سكتوا عن طريقها فواجبة لكن إن كانت لا تضر ما حولها صحت القسمة وإن كانت تضر أعيدت القسمة على وجه لا مضرة فيه . ومن ذلك لو اقتسما أرضاً فيها بئر فجاءت فى نصيب الآخر ترك لها طريقاً على وجه لا يضر ما هى فيه فإن ضر أعيدت القسمة كما لو بقيت البئر مشتركة ، وهذا حيث لم يكن لها طريق معتادة، أما لو كانت قد اعتادت طريقا لها ثبت لها ما اعتادت ولو ضر بالآخر .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الخامس ﴾ ﴿ أن لا تتناول ﴾ القسمة ﴿ تركة ﴾ إنسان ماله ﴿ مستغرق بالدين ﴾ فإن وقعت كانت القسمة موقوفة على إيفاء الدين كله أو الإبراء من الغرماء كالبيع لا على إجازة الغرماء لأن المانع باق وهو الدين وهذا بناء على أن الوارث ليس بخليفة لمورثه .

﴿ فرع[1] ﴾ فلو قضى بعض الورثة حصته من الدين بعد القسمة فلا تصح القسمة فى حقه ﴿ و ﴾ يعتبر فى الإجبار شرطان آخران غير الخمسة السالفة :

﴿ الأول ﴾ وهو ﴿ السادس ﴾ من السبعة ﴿ توفية النصيب من الجنس ﴾ المقسوم بينهم فلا يعطى توفية نصيبه من الأرض دراهم بل يوفى من الأرض وكذا ما أشبهه ﴿ إلا ﴾ « لضرورة » كثوبين أو حيوانين أوسفينتين أو دارين أونحو ذلك مما فيه التفاضل ولا يمكن توفية النصيب من جنسه فيقسم بينهما ثوب وثوب وسفينة وسفينة ويوفى المنتقص من جنس آخر من التركة فإن عدم الجنس الآخر من التركة فمن دراهم التركة إن وجدت أو من غيرها إن عدمت ويجبر الممتنع بعد القرعة على قبول التوفية . وأماالقسمة ﴿ فى المهايأة ﴾ فلا دخل لها هنا إذ لا توفية فيها كما لو كان المقسوم بين الشريكين شيئاً واحداً فيقسم بالمهايأة يوماً فيوماً أوشهراً فشهراً كما يأتى. قال فى التكميل : « ولو قال مكان « المهايأة » : إلا لضرورة : لكان أوضح له » .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثانى ﴾ من شرطى الإجبار الأخيرين وهو ﴿ السابع ﴾ من ملة الشروط ﴿ أن لا ﴾ تقع القسمة بين الشركاء بحيث ﴿ تتبعها قسمة ﴾ أخرى بين بعض الشركاء مثاله لو كان لأحد الشركاء نصف المشترك وللثانى ثلثه وللثالث سدسه فتكون القسمة هنا على أقل الأجزاء وهوهنا السدس فيجعل الأنصباء على ستة أجزاء لصاحب السدس جزء ولصاحب الثلث جزآن ولصاحب النصف ثلاثة فهذه القسمة لا يتبعها قسمة لأنها قسمت على أقل الأجزاء فيجبر الممتنع من القسمة ولا تقسم أنصافا على الجزء الكثير وهو النصف ثم يقسم النصف الآخر أثلاثا بين صاحب الثلث والسدس فلا يجبر الممتنع لأن هذه القسمة قسمت على أكثر الأجزاء فتتبعها قسمة أخرى، وهذا فى القيمى أما فى المثلى كالطعام ونحوه فيجوز ولو تبعتها قسمة أخرى ﴿ إلا ﴾ أن تقع القسمة ﴿ بالمراضاة فيهما ﴾ صوابه « فيها » ليعود إلى أول الباب جاز

(١) يستفاد من حاشية البيان نقلا عن البرهان .

مع التراضي بخلو بعض الشروط ولهم الرجوع قبل انبرام القسمة بسهم القرعة أو تعيين الحاكم أو الشركاء .

﴿ فرع ﴾ فلو قسم بين ورثته على سبيل التعيين والقسمة ليصير لكل وارث منهم قدر حصته صحت القسمة إذا رضوا بذلك والرضا كالإجازة فيكون لهم الرجوع في الحياة .

﴿ ٢٨٠ ﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ وهي ﴾ أي القسمة ﴿ في المختلف ﴾ وهو كل قيمي ومنه العقار إذا حصل التفاوت فيه أو استوى واختلفت فيه الأغراض ﴿ كالبيع ﴾ توافقه ﴿ في ﴾ أربعة أحكام وتخالفه في أربعة عشر حكما . أما التي توافقه فيها :

﴿ فالأول ﴾ أن لكل واحد من المقتسمين ﴿ الرد ﴾ لنصيبه ﴿ بالخيارات[1] ﴾ كلها المتقدمة في البيع[2] .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثاني ﴾ أن لكل واحد من المقتسمين إذا استحق نصيبه للغير ثبت له ﴿ الرجوع ﴾ على شركائه ﴿ بالمستحق ﴾ للغير ولو بالشفعة فتعاد القسمة الأولى ويصير شريكا لهم فيما تحت أيديهم بقدر حصته وهذا بناء على أنه سلم المستحق إلى مالكه بحكم الحاكم بالشهادة أو علم الحاكم أو أمره شركاؤه بأن يسلمه للمدعى لا لو كان الحكم بإقراره أو نكوله أو رده اليمين على المدعى فلا يرجع عليهم بذلك وأما ما كان قد غرمه في ذلك المستحق للغير فإن كانت القسمة بينه وبين شركائه بالتراضي رجع عليهم بما غرم وإن كانت القسمة بالإجبار لم يرجع عليهم بما غرم فيه .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثالث ﴾ مما يوافق قسمة المختلف فيه البيع ﴿ لحوق الإجازة ﴾ من الغائب في القسمة الصحيحة فتصح موقوفة كالبيع وتنفذ بإجازته وإن لم تكن

(١) والإقالة يعني أنها فسخ لا أنها تتبعها أحكام الإقالة .

(٢) في فصل ٢٠٧

القسمة بلفظ العقد فقد شابهت البيع وهذا مما لحقت فيه الإجازة غير العقد .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الرابع ﴾ ﴿ تحريم مقتضى الربى ﴾ فى القسمة فلو اقتسما فضة رديئة وزنها رطل وأوقية بفضة جيدة وزنها رطل فقط وهما فى القسمة مستويتان فيحرم للربى فى الجنس كما يحرم بيع الجنس بجنسه متفاضلا بل يقسم على السواء وإلا كان ربى حيث قصدوا التفاضل فإن لم يقصدوه صحت ، ولا يشترط فى قسمة الجنسين كذهب وفضة ونحو البر والشعير التفاضل فى المجلس قبل التفرق .

﴿ وأما التى تخالف البيع فيها ﴾ : ﴿ فالأول ﴾ أنه يجبر الممتنع عن القسمة مع تكامل شروط الإجبار المتقدمة لا البيع فلا إجبار فيه .

﴿ الثانى ﴾ أن الشفعة تثبت فى البيع لا فى القسمة ولو تقاسما بلفظ التمليك فلا شفعة .

﴿ الثالث ﴾ أن يتولى طرفى القسمة واحد بخلاف البيع .

﴿ الرابع ﴾ أنها لا تحتاج إلى لفظ إيجاب وقبول بل يملك كل واحد نصيبه إذا عين بالتراضى أو تعيين الحاكم أو مأموره أو بسهم القرعة إن تراضوا به وإلا فهو غير واجب عندنا وإنما وضع لتطييب النفوس .

﴿ فائدة ﴾ إذا كانت أرض غير محروثة أو عرصة بين شركاء فأحيي أو بنى أحدهم قدر حصته فى الأرض أو العرصة فللحاكم عند القسمة أن يعين نصيبه فيما قد أحيي من الأرض أو فيما قد بنى من العرصة وكذا لو كان لأحد الشركاء فى العرصة أو فى الأرض ملك بجوار العرصة أو بجوار الأرض فللحاكم أن يعين نصيبه من المشترك ما جاور ملكه إن رأى فى ذلك صلاحا ولم تختلف الأغراض .

﴿ الخامس ﴾ إن الحقوق فى القسمة تتعلق بالموكل ولو لم يضف بخلاف البيع فتتعلق بالوكيل إلا أن يضيف .

﴿ السادس ﴾ إن الحقوق لا تدخل فى القسمة تبعاً للنصيب إلا لعرف أو ذكر بخلاف البيع فتدخل تبعاً ولو لم تذكر .

﴿ السابع ﴾ أنه لا يحنث إن حلف لا باع فقاسم إلا لعرف .

﴿ الثامن ﴾ لا تفسدها الشروط المفسدة للبيع .

﴿ التاسع ﴾ أن القسمة تصح فى الوقف بخلاف البيع .

﴿ العاشر ﴾ تصح فى الثمار وقبل الصلاح .

﴿ الحادى عشر ﴾ يصح التفريق فيها بين ذوى الأرحام المحارم .

﴿ الثانى عشر ﴾ تصح فى المجهول مع التراضى .

﴿ الثالث عشر ﴾ يصح أن يبيع كل واحد من المقتسمين نصيبه قبل قبضه .

﴿ الرابع عشر ﴾ لا تحتاج الأمة أن تستبرأ للقسمة إلا من صارت له فاستبرأها للوطء من يوم تعيينها له .

﴿ و ﴾ القسمة ﴿ فى المستوى ﴾ جنساً ونوعا وصفة فى المكيل والموزون فقط ﴿ إفراز ﴾ هذا مذهبنا فلا يوافق البيع فى الأحكام الأربعة المتقدمة إلا فى الرجوع بالمستحق وإذا قلنا إن القسمة فى المستوى إفراز فلكل شريك أخذ نصيبه ولا يحتاج إلى قرعة أو تعيين الحاكم أو إذن شريكه بل ولو كره أو كان غائباً بشرط أن يصل نصيب شريكه إليه كما تقدم تفصيله إلا فى الأرض فلا بد من الحضور وإن استوت فى الجودة والرداءة فتحتاج إلى القرعة أو نحوها لأن الأغراض تختلف فيها ويجوز قسمتها جزافاً مع التراضى ، ويصح أن يقسم المكيل بالموزون والعكس ويصح فى المستوى قسمة الوقف ويحرم التفاضل فى المستوى جنساً إن قصد وإلا جاز ويصح فى المختلف والمستوى وقف نصيب أحد الشركاء ولو مشاعا ويقسم كما يأتى ولا يشترط فى نفوذ الملك وصحة التصرف فيها القبض .

﴿٢٨١﴾ ﴿فصل﴾

فى لزوم القسمة إذا طلبت وبيان كيفيتها : إعلم أن القسمة إذا كان يدخل بها الضرر على جميع الشركاء وطلبها أحدهم فلا يجبر الممتنع منهم ﴿ ولا يجابون ﴾ إليها

﴿ إن عمّ ضرّها ﴾ جميع الشركاء إما لكون المقسوم لا ينقسم كالحيوان الواحد أو تضره القسمة كالسيف والخاتم ونحوه والسفينة والسيارة والحانوت والبيت الصغيرين والحمام والرحى فقسمة ذلك مؤدية إلى ضياع نصيب كل واحد من الشركاء فيما كان ينتفع بالمقسوم قبل قسمته لإبطال نفعه إن كان يمكن كل واحد منهم أن ينتفع بأخشابها فى أمر آخر كالأبواب وغيرها فهذا الانتفاع غير كاف فلا تجب هذه القسمة لمن طلبها ولا يجبر من امتنع عنها لأن ذلك سفه وتبذير ولا يجوز بالإجبار إلا أن تكون القسمة بالمهايأة فى منافعه فيجبر الممتنع فإن تراضى جميع الشركاء على القسمة بإدخال الضرر عليهم لم يمنعوا منه وإن كان فيه سفه فبرضائهم لهم أن يفعلوا فى ملكهم ما شاءوا . ﴿ ولا ﴾ يثبت ﴿ رجوع ﴾ لأحدهم ﴿ إن فعلوا ﴾ ذلك طائعين كالشفيع يبطل شفعته ثم يطلبها .

﴿ فإن عم نفعها ﴾ جميع المقتسمين فيما كان ينتفع به قبل القسمة فى المقسوم ﴿ أو طلبها المنتفع ﴾ فيما كان ينتفع به ﴿ أجيبوا ﴾ إلى ذلك بحيث يمكنه النفع المعتاد بقدر حصته على انفرادها فإن طلبها الذى تضره لم يجب إلى ذلك لأنه طلب ما هو سفه وتبذير .

﴿ ويكفى قسّام[1] ﴾ عدل فى إفراز الأنصباء وهو أنه يعادل بين الأشياء التى لا تحتاج إلى تقويم كالطعام ونحوه والتى قد قوّمها العدلان فيقول هذا إلى هذا وهذا يناسب هذا حتى يساوى الأقسام فى القسمة ﴿ وعدلان ﴾ خبيران بتقويم المختلف ، ويكفى أن يكون القسّام أحد العدلين ويجب أن يكون التقويم قبل تعديل الأنصباء ﴿ والأجرة ﴾ فى القسمة ﴿ على ﴾ قدر ﴿ الحصص ﴾ فى الشىء المقسوم لا على عدد الرؤوس إذ لو قلنا على عدد الرؤوس لأدى إلى استغراق نصيب صاحب الأقل . قال

---

(١) عبارة الفتح وشرحه (ويعتبر فى التقويم) لما يقوم (عدلان) بصيران (و) يعتبر (فى الإفراز) للحقوق بين الشركاء عدل (واحد) وهى أولى من عبارة الأزهار .

فى البيان وأجرة القسام حلال سواء كانت الإجارة صحيحة أو فاسدة إذا كانت قدر أجرة مثله على عمله . وأما الزائد فلا يحل إلا إذا طابت به نفوسهم مع علمهم بأن الزيادة غير واجبة عليهم .

﴿ و ﴾ إذا كان المشترك شيئاً واحداً تضره القسمة بحيث لا ينتفع كل واحد بنصيبه فإنه ﴿ يهايا ﴾(١) بين المشتركين وجوبا ﴿ ماتضره ﴾ القسمة كالحيوان الواحد والسيف والثوب والسفينة والسيارة والحانوت الصغير والبيت الصغير والحمام وتكون المهايأة بينهم على حسب رضاهم من قلة الأيام وكثرتها فإن تشاجروا عملوا برأى الحاكم ويعمل الحاكم على حسب مايراه أعدل بين الشريكين يوماً فيوماً والثور إلى ثلاثة أيام والحانوت والسفينة والسيارة شهراً فشهراً والدار سنة فسنة ويكون البادىء منهم إما بالتراضى أو القرعة أو تعيين الحاكم .

﴿ فرع ﴾ وإذا كان المقسوم بالمهايأة شيئاً واحداً كسفينة أو سيارة أو نحوهما فلكل واحد أن يسافر فى نوبته بالمشترك إلى حيث شاء ويحمل ما شاء مما جرت به العادة أن مثل هذه السفينة أو السيارة تحمله: مثال ذلك أن تكون المهايأة شهراً شهراً فلأحد الشريكين فى دولته إذا كان من أهل اليمن أن يسافر إلى جدة أو مكة وعند انتهاء الشهر يلزمه تفريغ ظهرها من الحمل وردّها إلى موضع الابتداء ويثبت لأحد الشريكين البيع لنصيبه ولو أدخل الضرر على شريكه كالبيع من ظالم أو غيره ممن يكره شريكه إذ الضرر فى البيع فى المشترك لا يعتبر ولو أدّى إلى نقص قيمة حصة شريكه وإنما يعتبر المنع من الضرر بالبيع فى شريكى العلو والسفل كما تقدم ويمنع الضرر لشريكه فى غير العلو والسفل فى غير البيع فيمتنع من ضرر الشريك لا فيه فله ذلك ولو ضر شريكه .

---

(١) ويصح أن يتهايا البقر للبن والشجرة للثمر على حسب ما يقتضيه الصلاح والعرف ففى البقرة تكون المهاياة أسبوعاً بأسبوع وفى الشجرة سنة بسنة .

﴿ فرع آخر ﴾ لو كانت منافع الشركاء فى الشىء المشترك تتفاوت فالمهايأة فيه تكون على حسب الأجرة فلو كان المشترك ثوراً أحدهما يحرث به فى أرض صلبة أجرة مثله فى اليوم ثلاثة دراهم والآخر فى أرض رخوة أجرة مثله فى اليوم درهم فتكون المهايأة يوماً لحارث الأرض الصلبة وثلاثة أيام لحارث الأرض الرخوة على حسب الأجرة ، وقس على ذلك بقية الأشياء المشتركة عند تفاوت الاستعمال فتجعل المهايأة على حسب الأجرة .

﴿ ويحصص كل جنس فى الأجناس ﴾ المختلفة فمن كان له سدس التركة أخذ سدس الأرض وسدس الدور وسدس المنقول ولا يجبر على أن يأخذ سدسه من جميع التركة فى الأرض فقط أو فى الدور فقط ، وكذا صاحب الثلث ونحوه إلا بالتراضى على ذلك فلا بأس وتصح القسمة وليس لأحدهم الرجوع بعد نفوذها بما تقدم . ﴿ و ﴾ إذا كان المقسوم جنساً واحداً نحو أن يكون داراً فقط أو أرضاً فقط أو نحو ذلك فإنه يقسم ﴿ بعض ﴾ ذلك الجنس ﴿ فى بعض ﴾ يعنى أن بعض ذلك يقابل البعض الآخر ولا يلزم تحصيص كل واحد من ذلك الجنس وإنما يفعل كذلك ﴿ فى الجنس ﴾ الواحد فيقابل بعضه بعضاً ﴿ وإن تعدد ﴾ الجنس مع اتفاق الأغراض كأن يكون المقسوم دوراً متعددة وأرضاً متعددة فلا يحصص كل واحد من الدور بين جميع الشركاء ولا كل قطعة من الأرض بينهم جميعاً بل يقابل عدد منها عدداً آخر فيجعل لكل شريك داراً كاملة أو دارين من جنس الدور وقطعة أو قطعتين أو أكثر من جنس الأرض ولشركائه كذلك ولا يجعل حصة كل شريك فى كل دار أو قطعة . وإذا كان المقسوم داراً واحدة فلا يقسم كل منزل فيها بل يجعل كل منزل مقابلا لمنزل آخر بالتقويم . وإنما يفعل ذلك ﴿ للضرورة أو الصلاح ﴾ لكل الورثة أما الضرورة فنحو أن تكون المنازل صغاراً إذا قسم كل واحد منها لم ينتفع كل شخص منهم بنصيبه لحقارته . وأما إذا كان المنزل متسعاً يمكن قسمة بعضه فى بعض

حصص مهما لم يخرج عن الانتفاع به فى الوجه الأول الذى كان لكل واحد منهم قبل القسمة . وأما الصلاح لكل الورثة فنحو أن يكون نصيب كل واحد ينتفع به كأن يحصص نصيب كل شريك من ثلث أو ربع أو نحوهما فى كل قطعة من الأرض لكن إذا قسم بعضه فى بعض وتميز نصيب كل واحد إلى قطعة أو قطع كاملات كان أنفع له فإنه يقسم بعضه فى بعض ويجبر الحاكم من امتنع . هذا حيث اتفقت الأغراض فى الجنس الواحد المتفق فإن تفاوتت الأغراض فى الجنس الواحد لاختلاف صفته صار حكمه كالأجناس المختلفة فلا يقسم بعضه فى بعض نحو أن يكون بعض الأرض غروسًا وبعضها زروعًا أو بعضها غيلاً وبعضها سيلاً أو بعضها قريبة وبعضها بعيدة ، وكذا الدور إذا كان بعضها فى المدن وبعضها فى البادية فيحصص كل واحد منها بين المقتسمين كما لو تعددت الأجناس .

﴿ فرع ﴾ قال فى البحر : « وإذا طلب من له سهام متفرقة لاتنفعه أن تجمع له فى موضع واحد أجبروا عليه رعايةً للمصلحة كقسمة الدار الواحدة .

﴿ فرع آخر ﴾ فلو باع أحد الشركاء نصيبه فى كل منزل من الدار أو فى كل قطعة من الأرض فقد فرق نصيب شريكه فى جميع منازل الدار وفى جميع مواضع الأرض فللشريك أن يطالب جميع نصيبه بقسمة بعض منازل الدار فى بعض أو قسمة بعض قطع الأرض فى بعض ولو أدّى إلى بطلان البيع .

﴿ مسئلة ﴾ ولا يدخل جنس فى جنس فلا يدخل البقر مثلاً فى الغنم إلا توفية ناقص كما تقدم[1] كأن يقوم أحد الثورين بخمسين والآخر بأربعين وفّى الناقص من الغنم أو غيرها مما يساوى عشرة .

﴿ وإذا اختلف الانصباء[2] فى ﴾ غير منقول كدار أو ﴿ أرض ﴾ بأن كان

---

(١) فى الشرط السادس من شروط إجبار الممتنع عن القسمة أواخر فصل (٢٧٩) .

(٢) عبارة الأثمار وإذا اختلفت الأنصباء فى غير المنقول وهى أولى من عبارة الأزهار .

لأحد الورثة نصف وللثانى ثلث وللثالث سدس جعل المقسوم ستة أجزاء و ﴿أخرج﴾ بسهم القرعة(١) ﴿ الاسم ﴾ المكتوب فى الرقمة ﴿ على الجزء ﴾ من المقسوم ، مثال ذلك بعد تقويم مايقوم من التركة بمعرفة عدلين أو إفراز غيره بمعرفة عدلٍ يكون من القسام قسمة التركة على أقل جزء وهو فى المثال السالف السدس فيجعل الانصباء أسداساً فى صحيفة كل سدس فى جدول وبعد أن يساوى الانصباء الستة فى القدر والقيمة يجعل لصاحب النصف ثلاث رقاع يكتب فى كل رقعة اسمه ولصاحب الثلث رقعتين كذلك ولصاحب السدس رقعة ويطوى كل رقعة بانفرادها ويجتهد فى لَبْسها حتى لايتميز بعضها من بعض ثم يأخذ من لايميزها أول رقعة فيضمها على أول نصيب من الستة الانصباء المجدولة فى الصحيفة فإن كان فى الرقمة اسم صاحب النصف أضيف إليه الثانى والثالث فيكمل له النصف ثم يخرج ورقة على الجزء الرابع إن كانت لصاحب الثلث أضيف إليها الجزء الخامس وباقى الأجزاء وهو السادس يكون لصاحب السدس وعلى هذا يكون القياس . فيجب هنا إخراج الأسماء على الأجزاء لتوالى من خرج سهمه من غير شجار وليس للقسام أن يخرج الجزء على الإسم لأنه يؤدى إلى الضرر والتشاجر بين المقتسمين هذا مع اتصال أجزاء المقسوم كأرض واحدة أو دار واحدة واختلاف أنصباء الشركاء ، وأما إذا كانت الأجزاء متفرقة فلا فرق بين أن يخرج الجزء على الاسم أو الاسم على الجزء ﴿ وإلا ﴾ تختلف الأنصباء بل اتفقت ﴿ فمخيّر ﴾ إن شاء أخرج الاسم على الجزء وإن شاء أخرج الجزء على الاسم .

﴿ ولا يدخل ﴾ فى القسمة ﴿ حق ﴾ غير معتاد كاستطراق ومسيل ونحوهما ﴿ لم يذكر ﴾ عند القسمة لأحد المتقاسمين بنفى ولا إثبات ﴿ فيبقى ﴾ بين جميع

(١) وسهم القرعة بضم القاف وسكون الراء أي الجراب ووضع السهام فيها إنما هو على سبيل المبالغة فى الإبهام وهو عندنا ليس بواجب وإنما جعل لتطييب النفوس إذ لايقطع الشجار ويحسم اللجاج إلا هو وإلا فالتعيين مع عدم التراضى إلى القسام على حسب مايراه صلاحاً اه .

الشركاء على الحصص ﴿ كما كان ﴾ قبل القسمة إلا لعرف فيدخل فى القسمة كما يتبع المبيع لأن الحق لا يصح بيعه منفرداً فلهذا يدخل تبعاً ، وأما فى القسمة فالمختار أنه يصح قسمته على انفراده لأن القسمة لم تكن كالبيع من كل وجه أينما وقعت. مثال ذلك لو اقتسم رجلان أرضاً بينهما نصفين وهى مختلفة الأجزاء فجاء ثلثاها بالمساحة لرداءتها نصيباً وثلث لجودتها نصيباً وسكتا عن حقها من الماء لم يدخل فى القسمة تبعاً بل يبقى نصفين بينهما إلا أن يجرى عرف بدخول الماء تبعًا لزم ذلك .

﴿ ومنه ﴾(١) يعنى ومما لايدخل تبعًا فى القسمة ﴿ البذر ﴾ فى الأرض المقسومة ﴿ والدفين ﴾(٢) فى الدار المقسومة أيضا لأن البذر والدفين ملكان وليسا بحق فلو اقتسم شخصان أرضا مبذورة أو داراً فيها دفين ولم يذكر البذر ولا الدفين عندالقسمة بقيا مشاعين وصحت القسمة إلا أن يتبعوا عند القسمة قسم ما فيه صح ولو مع جهالة كمية البذر والدفين فالتراضى على ذلك صحيح .

﴿ واعلم ﴾ أن قسمة الأرض دون البذر إن كانت بالتراضى فلا إشكال فى صحتها وإذا امتنع أحد الشركاء فلا يجبر لأنه بمنزلة إلزامه أخذ بعض حقه إذ قد صارت الأرض أو البذر بمنزلة الشىء الواحد وسواء قد نبت البذر أم لا وإذا بقى البذر مشاعا لم تصح قسمته بالإجبار قبل نباته لأنه مجهول إلا بالتراضى أو يكون قدر البذر معلوما فى كل قسم ولم يفسد صح وأجبر الممتنع على المختار، فإن كان البذر قد نبت أو جنت(٣) الأرض فقسمته على التراضى صحيحة لأنه مشاهد ويبقى بالأجرة لصاحب الأرض إلى حصاده ولا يجبر من امتنع عن قسمته لجهالة قدر الحب الذى فى الزرع .

﴿ ولا ﴾ يصح أن ﴿ يقسم الفرع ﴾ وهو أغصان الشجر ﴿ دون الأصل ﴾ وهى

---

(١) عبارة الفتح وشرحه (ولا) يدخل (دفين وبذر وثمر وزرع لم يدخل) فى القسمة.

(٢) ويدخل قرار المدفن لمن هو فى حصته من عرصة الدار إن وقعت القسمة مع العلم به .

(٣) يقال جنت الأرض وتجنت: بلغ نبتها المدى اه .

الشجر ﴿ و ﴾ كذا ﴿ لا ﴾ يصح أن يقسم ﴿ النابت ﴾ وهى الأشجار ﴿ دون المنبت ﴾ وهى الأرض التى فيها الأشجار ﴿ و ﴾ لا يصح قسمة ﴿ العكس ﴾ من هاتين الصورتين فلا يصح أن يقسم الأصل دون الفرع ولا الأرض دون الشجر وإن حصل تراضى الشركاء على هذه القسمة فلا حكم لتراضيهم فى الصحة بل تكون القسمة باطلة وإن تراضوا .

﴿ مسئلة[1] ﴾ وإذا قسمت أرض على أن ما دخل من أغصان شجر كل واحد إلى أرض صاحبه فهو له أو ثمره كانت القسمة باطلة ولو تراضوا بذلك لأنها وقعت على عوض مجهول معدوم وكذا لو كان عرفا لهم ظاهراً .

﴿ فرع ﴾ فلو اقتسموا ثم تراضوا بذلك من بعد القسمة جاز والقسمة صحيحة وكان إباحة يصح الرجوع فيها وفى ثمارها مع بقائها وتبطل بالموت .

﴿ إلا ﴾ أن يقسم الفرع دون الأصل والنابت دون المنبت ﴿ بشرط القطع ﴾ للفرع أو النابت من موضع معلوم باللفظ أو بالعرف صحت القسمة ﴿ وإن بقى ﴾ الفرع أو النابت ولم يقطع فالقسمة صحيحة بشرط قطعه ولا يضر بقاؤه بالتراضى ﴿ أو ﴾ قسمت ﴿ الأرض دون الزرع ونحوه ﴾ يعنى فإنها تصح قسمة ذلك مع التراضى وإن لم يشترط القطع لأن الزرع كالمتاع الموضوع ولأن له حداً ينتهى إليه بخلاف ما ليس له حد ينتهى إليه كالأغصان على الأشجار والأشجار على الأرض فلا تصح قسمته وإن حصل التراضى، ونحو الزرع : هو أن تقسم الأرض والشجر التى فيها دون ثمر الشجر فإنه يصح أيضاً مع التراضى وإن لم يشترط القطع ﴿ ويبقى ﴾ الزرع فى الأرض إلى حصاده والثمر فى الشجر إلى نضجه ﴿ بالأجرة ﴾ من صاحب الزرع والثمر وإن تساويا تساقطا وإن لزم أحدهما أكثر لزمه حصة شريكه. فإن قيل كيف صح استئجار الشجر للثمر وهو لا يصح لأنه من بيع الأعيان المعدومة « قلت » الأجرة تجب هنا

---

(١) المسئلة مع الفرع نقلا عن البيان اه .

لأجل الانتفاع بحق الغير ولو كان لا يصح إجارته كما تجب أجرة المسجد والمقبرة على من استعملهما .

﴿ و ﴾ إذا تدلت أغصان شجرة إلى الأرض وجب ﴿ على رب الشجرة[1] أن يرفع أغصانها[2] ﴾ المتدلية ﴿ عن ﴾ هواء ﴿ أرض الغير ﴾ إن أمكن وإلا قطعها سواء كانت هذه الأرض التي للغير ملكاً أو حقاً إذ الهواء حق لصاحب القرار فلا يستعمل إلا بإذنه فأما ارتفاعها في الهواء فأضر الظل بجاره فلا . فإن امتنع من رفع أو قطع الأغصان المتدلية كان لصاحب الأرض أن يرفع الضرر عن أرضه ولا يحتاج إلى أمر الحاكم لأن له ولاية لكن يجب أن يكون ما يفعله مرتباً فيقدم الرفع إن أمكن على وجه لا يضر بالأغصان مع التمكن ثم مع حصول الإضرار بها إن لم يمكن رفعها إلا به ثم يقطعها ، ويرجع بأجرة ما فعله على صاحب الشجرة إن كان لفعله أجرة ونوى الرجوع ، وأما العروق إذا امتدت إلى أرض الغير فلا يجب على صاحب الشجر قلعها ولو أفسدت أشجاراً أو زرع جاره لأن أعماق الأرض لا تملك ولصاحب الأرض قلعها من أرضه وإن أفسد القلع أشجار جاره ما لم تكن عن قسمة وكان قطع العروق يضر بالشجر لم يكن له قطعها ، وأما إذا أحدث أحدهم بعد القسمة أغراساً في أرضه ودخلت عروقها أرض جاره فللجار قطعها .

﴿ ولا يملك ﴾ الغير ثمرة المتدلى من الأغصان ﴿ بمجرد الشرط ﴾ من مالكها أن ما تدلى إلى ملكه فثمره له لأنه تمليك معدوم إلا أن يأتي به على وجه النذر والوصية فإن تراضيا على ذلك الشرط جاز ويكون إباحة يرجع بها مع البقاء .

﴿ فإن ادعى ﴾ رب الشجرة المتدلية أغصانها ﴿ الهواء حقاً ﴾ له ﴿ فالبينة عليه ﴾ أن لأغصان شجرته حق البقاء في هواء تلك الأرض لأنه قد ثبت لها حق الحريم

---

(١) ما لم تكن عن قسمة وكانت الأغصان من قبل القسمة كما يأتي اه .

(٢) أما ارتفاع الشجرة في الهواء حتى ضر ظلها بجاره فلا يلزم رفع ضرها هنا اه .

فهو يدعى خلاف الظاهر. وطريق البينة إلى ذلك إما على أن الشجرة نابتة قبل إحياء جاره تلك الأرض أو على أنه باعها واستثنى بقاء تلك الأغصان أو على إقراره باستحقاق البقاء أو على أنها قسمت الأرض وكانت الأغصان من قبل القسمة .

﴿ واعلم ﴾ أن اختلال القسمة الموجب لإعادتها إنما يكون بأحد صور ثلاث قد ذكرها الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ و ﴾ البينة ﴿ هى ﴾ لازمة ﴿ على مدعى الغبن ﴾ فى القسمة إذا كان وقت القسمة غائباً أو صغيراً أو مجنوناً ﴿ و ﴾ مدعى ﴿ الضرر ﴾ بها مع عدم التراضى به عند القسمة ﴿والغلط﴾ فى نصيبه حيث يدعى أن له الربع فى المشترك ولم يكن فى يده إلا السدس فلو ادعى أحد المقتسمين أنه مغبون فى سهمه غبناً فاحشاً إما فى الأثمان أو فى مساحة الأرض أو أن الأرض الردية اختصت به دون غيره أو نحو ذلك أو ادعى أنه مضرور لكونهم لم يتركوا له طريقاً أو مسيل ماء أو أنهم فرقوا حصته فى كل قطعة من الأرض مع أن الأغراض فيها غير مختلفة لاستوائها أو كان يمكن قسمة بعضها فى بعض لاتحاد جنسها وصفتها أو يدعى أن نصيبه مغلوط فيه كما مثلنا فإن صادقه الشركاء على إحدى هذه الصور وجب نقضها وإعادتها على وجه الصحة وإن تناكروا كانت البينة على المدعى ويكفى الشهود أن يقولوا نشهد أنه لم يقوم بثمنه وأن فيه غبناً فاحشاً أو بأى هذه الصور فإن كان أحدهم قد باع نصيبه لم يصح تصادقهم على فسادها لأنه إقرار على الغير وإنما يثبت ذلك بالبينة فى وجه المشترى ثم ينقض البيع بالحكم وتعاد القسمة ، وأما لو لم يجد للمدعى شهوداً على دعوى الغلط ولكن طلب مساحة الأرض المقسومة جميعا ليظهر الغلط بالمساحة نظرنا فى كيفية القسمة إن مسحت الأرض وقسمت بالمساحة من دون تقويم لأجل استوائها سمع قوله وأعيدت مساحة الأرض المقسومة جميعا وأجرة المسّاح على الطالب إن انكشف أنه غير محق وإلا فعلى الجميع وإن قسمت بالمساحة والتقويم

لأجل اختلاف فيها فى الجودة والرداءة فلا يجاب إلى إعادة المساحة لتجويز أن نصيبه قليل بالمساحة لجودته وزيادة فى تقويمه .

﴿ فرع[١] ﴾ فلو قطع كل واحد من الشركاء بعد القسمة من الآخر كل حق ودعوى وطلب كما يقع ذلك بين كثير من المتقاسمين وادعى أحدهم بعد ذلك أن عليه غلطا سمع دعواه لأنه إنما إبرأه ظنا منه أنه مستوف لحقه بحيث لو علم عدم الوفاء ما أبرأه .

﴿ ولا تسمع ﴾ دعوى ﴿ من حاضر ﴾ بالغ عاقل مقاسم عن نفسه غير مجبر من ظالم ولا موكل ولو حاضراً ﴿ فى الغبن ﴾ عليه ولا تنقض القسمة بذلك لأنه إذا كان حاضرا عن نفسه عند المقاسمة غير موكل فهو بمنزلة من باع عن نفسه بغبن فاحش فلا تسمع دعواه بخلاف ما إذا كان موكلا ولو حاضرا أو غائبا وأجاز غير عالم بالغبن أو صغيرا أو مجنونا فإن دعواه تسمع فى الغبن كما تسمع فى دعوى الغلط والضرر ولو كان حاضرا عن نفسه . قال فى الغيث : « أما التغابن اليسير الذى يتغابن الناس بمثله فإن القسمة لا تنقض لأجله سواء كان المغبون الوكيل أو المالك » . والله تعالى أعلم .

---

(١) يستفاد من البيان اهـ .

﴿٢٨٢﴾ كتاب الرهن

الرهن فى اللغة الثبوت والدوام ، يقال رهن الشىء إذا ثبت ودام. ومنه « الحالة الراهنة » .« ونعمة الله الراهنة » أى الثابتة ، وحقيقة الرهن فى الشرع : عقد على عين مخصوصة يستحق به من صارت فى يده استمرار قبضها لاستيفاء مال مخصوص أو ما فى حكمه فقولنا عقد : جنس الحد يدخل فيه سائر العقود . وقولنا على عين : تخرج المنافع وغيرها وبقية الحد يدخل فيه المبيع فى يد البائع حتى يستوفى الثمن من المشترى ، وقولنا مال مخصوص : تخرج العين المبتاعة فهى تحبس فى يد البائع لاستيفاء الثمن من المشترى ، وقولنا أو ما فى حكمه وهو عمل المشترك فيصح من الأجير أن يرهن المستأجر رهناً حتى يفرغ العمل وفائدته جواز بيعه إذا سلطه عليه أو كان بأمر الحاكم عند مطل الأجير من العمل ، ثم يستأجر من يعمل ذلك العمل من ثمنه بأجرة مثله ولو كانت أكثر من أجرته الأولى أو أقل ، وسواء كان قد قبضها أم لا ، ولا يصح الرهن على عمل الأجير الخاص لأنه غير مضمون عليه وإنما عليه تسليم نفسه .

﴿ شروطه ﴾ التى لا يصح الرهن وتترتب عليه أحكام الرهن إلا بها أربعة :

﴿ الأول ﴾ : ﴿ العقد[1] ﴾ وهو الإيجاب والقبول ، فيقول الراهن : رهنتك هذا أو خذ هذا وثيقة فى دينك أو هذا معك أو امسك أو اقبض أو احفظ هذا معك حتى آتيك بدينك ، فيقول المرتهن قبلت ، ولا يقوم القبض مقام القبول بل لابد من القبض والقبول أو تقدم السؤال نحو أن يقول : ارهنى هذا ، فيقول رهنت أو قد رهنت أو قد رهنتنى أو ارتهنت منى فيقول نعم .

(١) ولا بد أن يكون العقد من مختارين كسائر العقود فلا يصح من مكره انتهى .

﴿ فرع ﴾ ويصح عقد الرهن من الأخرس والمصمت بالإشارة المفهمة ويصح أيضاً موقوفاً وتلحقه الاجازة ويصح أن يتولى طرفيه واحد إذا وكل المرتهن الراهن بالعقد وكذا فى القبض .

﴿ الشرط الثانى ﴾ : أن يكون العقد ﴿ بين جائزى التصرف ﴾ وهو من يصح منه البيع والشراء فيصح من المحجور موقوفاً ومن صبى وعبد مأذونين ويصح العقد ﴿ ولو ﴾ وقع ﴿ معلقاً ﴾ على شرط نحو أن يقول : إن لم آتك بدينك ليوم كذا فقد رهنتك هذا فينعقد عند حصول الشرط ولا بد من تجديد القبض ليخرج من الأمانة إلى الرهن ﴿ أو ﴾ يكون العقد ﴿ مؤقتاً ﴾ بوقت نحو ان يقول رهنتك هذا شهراً أو سنة ﴿ ويلغو شرط ﴾ حصل فى عقد الرهن ﴿ خلاف موجبه ﴾ نحو أن يشرط المرتهن أنه لايضمن الرهن أو يشرط الراهن أن يضمن زائد الدين أو شرط عدم بيعه سد تعذر الإيفاء ، أو قال إن جئتك بحقك إلى وقت كذا وإلا فالرهن لك فإن هذه الشروط كلها فاسدة تلغى ، ولا يفسد عقد الرهن بها عندنا إلا أن يقتضى الشرط خلل شرط من شروط الرهن كعلى أن لايقبضه فإنه يفسد عقد الرهن لخلل شرطه وأما لو نذر عليه نحو أن يقول : إن لم آتك ليوم كذا فقد نذرت به عليك أوعلقه بمعلوم الله نحو أن يقول إذا كان فى معلوم الله أنى لم آتك ليوم كذا فقد بعته منك الآن أو نذرت به عليك أو تصدقت أو وهبت صح ذلك لأن علم الله حاصل من وقت البيع ومن وقت الرهن .

﴿ و ﴾ يثبت ﴿ فيه ﴾ يعنى فى الرهن للمرتهن جميع ﴿ الخيارات ﴾ المتقدمة[1] فى البيع : خيار العيب[2] ، والرؤية ، والشرط وغيرها إلا أن خيار الشرط إن كان لهما أو للراهن ، فالرهن فى يد المرتهن قبل نفوذ الخيار أمانة إن تلف قبل نفوذ الخيار

---

(١) ويصح الرهن عن درك المبيع قبل العلم باستحقاقه على ماسيلزم وهو المختار للمذهب اهـ

(٢) فى فصل « ٢٠٧ » اهـ .

فمن مال الراهن وإن كان الخيار للمرتهن وحده فالرهن نافذ مضمون من يوم القبض على المرتهن . وفائدة الخيارات لزوم الإبدال بالعقد الأول إذا فسخه بأيها ولا يحتاج إلى تجديد عقد إلا إذا رده من دون الخيارات فلا بد من تجديد العقد .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثالث ﴾ ﴿ القبض ﴾ من المرتهن للرهن فلا ينعقد الرهن إلا مع القبض ولو بالتخلية ﴿ فى المجلس أو ﴾ فى ﴿ غيره ﴾ أى غير مجلس عقد الرهن مع القبول فى المجلس وكون قبضه إياه ﴿ بالتراضى ﴾ بينهما والمراد بالتراضى تجديد إذن الراهن للمرتهن بقبض الرهن فلو قبضه بغير إذنه فغاصب ، وهكذا لو حبس عيناً لديه أمانة أو ضمانة من إجارة ونحوها وأراد أن يقبضها رهناً عما فى ذمة صاحبها فإن العين تكون فى يده غصباً لا رهناً .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان : فلو تلف الرهن قبل قبضه لم يضمنه المرتهن وإن امتنع الراهن من تسليمه لم يجبر عليه ، وإن مات أحدهما قبل قبضه بطل ، وإذا أذن الراهن له بقبضه ثم رجع عن إذنه صح رجوعه قبل القبض لا بعده .

﴿ مسئلة[1] ﴾ من رهن العين المغصوبة من الغاصب لها بطل ضمان الغصب بنفس عقد الرهن للاذن بالإمساك ، ولا تصير فى يد الغاصب رهناً إلا بعد تجديد القبض ولا يكفى الأول .

﴿ ويستقر ﴾ كونه رهناً فى يد المرتهن ﴿ بثبوت الدين ﴾ فى ذمة الراهن ولو كان قدر الدين مجهولا[2] صح الرهن كالمعلوم فلو رهنه فيما يستقرضه منه فى المستقبل وقبض الرهن المرتهن فإنه يكون موقوفاً ان تبعه تسليم الدين المتواطئ عليه أو بعضه[3] استقر الرهن ولا بد من تجديد اذن القبض بعد استقرار الدين فلو تلف قبل

(١) تستفاد من التذكرة اه .

(٢) وأما الرهن فلا بد أن يكون معلوماً فلو رهن صندوقا ومافيه لم يصح لجهالة مافيه اه .

(٣) ويكون للراهن الرجوع لعدم الوفاء على ماتواطآ عليه اه .

استقرار الدين أو قبل تجديد إذن القبض لم يضمنه المرتهن ﴿ قيل[١] و ﴾ إذا رهن المستدين رهناً فى دين مؤجل لم يستقر الرهن فى يد المرتهن إلا ﴿ بحلوله ﴾ يعنى لا يكون رهناً إلا عند حلول الأجل وقبل ذلك يكون الرهن أمانة فى يد المرتهن لايضمن تلفه ، والمختار أنه يكون رهناً من يوم القبض يضمنه المرتهن إذا تلف ولو قبل حلول الأجل ﴿ قيل[٢] و ﴾ لو رهن رهناً على عين فى يد المرتهن مستأجرة أو مستعارة مضمونة على من هى فى يده وهو الراهن فقبل تلف هـذه العين لا يكون الرهن فى يد صاحبه مضموناً لو تلفت لعدم استقرار الدين فلا يكون الرهن مضموناً إلا ﴿ بفوات العين ﴾ المستعارة أو المستأجرة فى يد الراهن لأنه بالفوات يلزمه القيمة والرهن فى الحقيقة على قيمة تلك العين التى فى يده فقبل لزوم القيمة لا رهن وهذا بناء على أن الرهن فى الأعيان لايصح ، وقد أشار الإمام عليه السلام إلى ضعف القولين بقوله قيل ، والمختـار أن الرهن على الأعيان المضمنة صحيح فتكون العين المرهونة على العين المستأجرة أو المستعارة رهناً صحيحا ولو قبل التلف فإذا تلف الرهن ضمن ولو قبل لزوم قيمة العين المستأجرة أو المستعارة بتلفها .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الرابع ﴾ ﴿ كونه ﴾ أى الرهن ﴿ مما يصح بيعه ﴾ من المرتهن فكلما صح بيعه صح رهنه ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من الأمة قبل استبرائها فإنه لا يصح بيعها ويصح رهنها ﴿ إلا ﴾ أحد عشر نوعا فإنه يصح بيعها ولا يصح رهنها . ﴿ الأول ﴾ الدين فإنه يصح بيعه ممن هو عليه ولا يصح رهنه مطلقا ﴿ الثانى والثالث والرابع ﴾ حيث يكون الرهن ﴿ وقفا وهديا وأضحية صح بيعها ﴾ فهذه الثلاثة الأشياء وان صح بيعها لم يصح رهنا لأنها لا تخرج عن حكمها إلا بالبيع متى

---

(١) القول هذا لأبى العباس الصنعانى ذكره فى كفايته، واسمه محمد بن يحيى ، وقبره فى مدينة حوث اهـ .

(٢) وهذا القول للفقيه يحيى بن حسن بحيبح اهـ .

جاز فالوقف يصح بيعه إذا انتهى إلى حد لا ينتفع به فى المقصود ولا يصح رهنه، والهدى والأضحية إذا خشى عليهما التلف جاز بيعهما ولم يجز رهنهما ، وكذا إذا أريد بيع الأضحية لإبدال أفضل منها فإنه يجوز بيعها وهذا مبنى على أن مذهبه وجوبها أو أوجبها على نفسه .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ العين المؤجرة .

﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ الأمة ﴿ المزوجة ﴾ إذا أريد رهنهما ﴿ من غيرهما ﴾ أى من غير المستأجر والزوج ﴿ وغير عبديهما ﴾ وكذا سيدها فإنه لا يجوز رهنهما وإن جاز بيعهما فإما من المستأجر والزوج[1] أو من عبديهما أو سيدها فجائز بيعهما ورهنهما .

﴿ و ﴾ ﴿ السابع ﴾ مما يصح بيعه ولا يصح رهنه ﴿ الفرع ﴾ كالثمرة ﴿ دون الأصل ﴾ كالشجرة وهذا حيث استثنى الشجرة ، وأما لو أطلق دخلت تبعاً كالبيع فيصح الرهن .

﴿ و ﴾ ﴿ الثامن ﴾ رهن ﴿ النابت ﴾ كالزرع ﴿ دون المنبت ﴾ وهى الأرض حيث كان الفرع مع أصله والنابت مع المنبت لمالك واحد وإلا صح رهن أحدهما دون الآخر

﴿ و ﴾ ﴿ التاسع والعاشر ﴾ ﴿ العكس ﴾ وهو رهن الأصل دون الفرع والمنبت دون النابت فإن هذه كلها يصح بيعها ولا يصح رهنها ﴿ إلا ﴾ أن يرهن الفرع دون الأصل والنابت دون المنبت أو العكس ﴿ بعد ﴾ شرط ﴿ القطع ﴾ صح .

﴿ و ﴾ ﴿ الحادى عشر ﴾ مما يصح بيعه ولا يصح رهنه أن يكون الرهن ﴿ جزءاً مشاعاً[2] ﴾ فإنه يصح بيعه ولا يصح رهنه سواء قارن الشياع العقد أم طرأ

---

(١) وههنا يضمن الزوج زوجته والعكس، ولو كان موت أيهما حتف أنفه اه حاشية السحولى .

(٢) ولو من الشريك لأن للشريك بيع نصيبه من الغير وذلك يمنع حق المرتهن ولتعذر استهاله لنصيبه .

﴿ إلا ﴾ أن يرهن المشاع ﴿ كله فيصح ﴾ ذلك حيث كان صفقة واحدة من الشركاء جميعاً ﴿ ولو رهن ﴾ الإثنان المشاع بينهما ﴿ من اثنين ﴾ صح ذلك ، ولابد أن يكون بصفة واحدة فيقول أحد الراهنين للمرتهنين موجباً عنه وعن شريكه ليكون عقداً واحداً رهنته من كل واحد[1] منكما ويقولان قبلنا ويقبضانه معاً أو يوكلان ثالثاً يقبضه لهما مضيفاً أو يوكل أحدهما الآخر[2] ﴿ فيقسمان ﴾ ذلك الرهن إن كان ينقسم ﴿ أو يتهايآن ﴾ ذلك الرهن إن كان لاينقسم أو تضره القسمة على ﴿ حسب الحال ﴾ من إمكان قسمته أوقدر مدة المهايأة ويكون الضمان والمهايأة فى حبسه على عدد الرؤوس وإن تفاوت الدين وإذا بيع للإيفاء قسم الثمن على قدر الدين لا على عدد الرؤوس .

﴿ ويضمن كل منهما ﴾ يعنى من المرتهنين ﴿ كله ﴾ يعنى كل الرهن إذا تلف لأن الرهن كله فى يد كل واحد منهما ولو كان التلف فى يد أحدهما وللراهن أن يطالب به من شاء ويد أحد المرتهنين للآخر أمانة كالوديعة يضمن لصاحبه ما جنى أو فرط . ويضمنان معاً للهالك وإذا استوفى أحدهما دينه كان الرهن محبوساً بحق الآخر ﴿ ويبقى ضمان المستوفى ﴾ حتى يقبض المالك جميع الرهن ﴿ لاالمبرئ ﴾ قبل تلف العين فيخرج عن الضمان لأن الدين بطل بغير قبض، وهذا حيث كان الإبراء من جميع الدين أو من الدفعة الأخيرة فإن أبرأه من بعضه ثم استوفى الباقى بقى ضمانه ﴿ أو ﴾ رهن اثنان أو أكثر عيناً مشاعة لهما من ﴿ واحد ﴾ بعقد واحد وكل منهما رهن جميعه صح ذلك الرهن وإذا تلف ﴿ فيضمن ﴾ المرتهن ذلك الرهن ﴿ كله ﴾ وإذا استوفى ما له من أحدهما لم يخرج نصيبه عن الرهنية ﴿ و ﴾ له أن ﴿ يحبسه حتى يستوفى منهما ﴾ معاً لأن كله رهن بجميع الدين .

﴿ فإن طرأ ﴾ على الرهن ﴿ الشياع ﴾ وقد كان وقع الرهن فى العين كلها ﴿ فسد ﴾

---

(١) لا إذا قال رهنته منكما فيفسد لأجل الشياع اه .

(٢) فان قبضه أحدهما كان رهناً معه وحده اه .

الرهن. مثال ذلك أن يرهن منه أرضاً فيقبضها ثم يتفاسخا الرهن فى بعضها دون بعض أو يبيع الراهن بعضها مشاعا لا معيناً بإذن المرتهن أو يرث الراهن بعض الدين أو المرتهن بعض الرهن فانه إذا طرأ أى هذه فسد الرهن .

﴿٢٨٣﴾ ﴿ فصل ﴾

يذكر فيه الإمام عليه السلام ثلاثة أطراف : الأول فى حكم الرهن ، والثانى فى فوائده ، الثالث فى مؤنه . أما حكمه فقال : ﴿ و ﴾ اعلم أن الرهن ﴿ لا يصح ﴾ أن يقع ﴿ فى عين ﴾ كالمقارات وغيرها من الأعيان المنقولة ﴿ إلا بعد التضمين ﴾ لها من مالكها على من هى فى يده أو الضمان لها من دون تضمين كأن تكون فى يد الراهن غصباً أو نحوه أما لو كانت العين مودعة عند إنسان لم يصح أن يأخذ مالكها من الوديع رهناً فيها إلا أن يكون قد استأجره على حفظها ، وكذا فى مال المضاربة الصحيحة لم يكن للمالك أن يأخذ من المضارب رهناً فيه إلا أن يذكر له أجرة على الحفظ أو تكون المضاربة فاسدة صح أخذ الرهن لأنه أجير مشترك . وأما أخذ الرهن فى العارية المضمنة وفى العين المستأجرة أو الموقوفة فيصح وكذا فى العين المرهونة فيصح ولو أدى إلى التسلسل كما صححوا الكفالة المسلسلة .

﴿ ويكفى ﴾ فى تضمين العين ﴿ طلبه ﴾ أى طلب الرهن فيها ولو هازلا ﴿ من المستعير ﴾ لها ﴿ والمستام ﴾ وهو المتروى للسلعة إذا أراد شراءها وأخذها لرؤيتها : فإذا طلب البائع من المستام رهناً كان طلب الرهن تضمينا للعين ، وهكذا إذا بذل المستعير الرهن من غير طلب المعير فإن قبوله للرهن أو قبضه يكون تضمينا له ذكره فى البحر والبيان .

﴿ فرع ﴾ فلو أرجع المعير الرهن للمستعير فإن كان الرهن من غير طلب من المعير كان رده إبراء من الضمان وإن كان الرهن بعد طلب من المعير لم يكن إرجاعه إلى المستعير إبراء من الضمان .

﴿ لا الوديع ﴾ فلا يكفى فى تضمينه طلب الرهن بل لا يضمنه وإن صرح بالتضمين ﴿ و ﴾ لا يكفى أيضاً فى التضمين طلب الرهن من ﴿ المستأجر ﴾ لأنه أخذ لنفعه ونفع المالك فلم يكف الطلب فى حقه .

﴿ ولا ﴾ يصح الرهن أيضا ﴿ فى وجه ﴾ فلو كفل رجل بوجه رجل لم يصح منه الرهن بذلك الوجه ﴿ و ﴾ لا يصح أيضا فى ﴿ جناية عبد[1] ﴾ فلو جنى العبد جناية لم يصح من مولاه أن يرهن رهناً فى تلك الجناية فلو التزم الجناية ثم رهن صح ذلك وكذا لو فهم من دفع الرهن أنه أراد اختيـار الأرش كان اختياراً وصح الرهن مع المصادقة أنه أراد اختيار الأرش لأنه لا يعرف إلا من جهته .

﴿ و ﴾ لا يصح الرهن من أحـد ﴿ تبرعا ﴾ عن الغير ﴿ بغير أمر ﴾ منه ﴿ أو ﴾ بغير ﴿ إضافة ﴾ من الراهن إلى من الرهن عنه فإن لم يكن ثمـة أمر أو كان لـكن الإضافة إليه لفظا لم يقع الرهن عن الغير . « والمسئلة » على أربع صور[2] لا أمر ، ولا إضافة لم تقع بأمر ، وإضافة لفظا وقع بأمر منه ولم يضف إليه لم يقع بإضافة لا بأمر فإن أجاز صح وإن لم يجز لم يصح .

﴿ وأما فوائد الرهن ﴾ : وهو الطرف الثانى مما اشتمل عليه الفصل فقد بينه الإمام عليه السلام بقوله : ﴿ وكل فوائده ﴾ وفوائد فوائده الأصلية والفرعية ﴿ رهن مضمون ﴾ على المرتهن فى الفرعية بعد تجديد قبضها لا فى الأصلية فلا يحتاج إلى تجديد قبض لها إذ قبض الأصل قبض لها إلا مهر البكر بعد الدخول فلا بد من تجديد قبض له ﴿ لا ﴾ لو كان الرهن عبـداً فإن ﴿ كسبه ﴾ غـير المعتاد من هبة

(١) إلا فى جناية أم الولد ومدبر المعسر فيصح لأن سيدهما يفديهما إلى قدر قيمتهما وكذا المثول به وكذا يصح الرهن فى جناية البهيمة .

(٢) تستفاد من شرح البحر حتى قال : هكذا بحرف التخيير فى قوله (بغير أمر أو إضافة) كما فى الغيث وهو الصواب لا كما فى الأزهار وشرح ابن مفتاح فهو سهو وقال فى حاشية السحولى (الأولى الاتيان بالتخيير كما هو كذلك فى لسخة الغيث) .

أو وصية وصيد وركاز[(١)] وإحياء لا يصير رهناً بل يكون فى يد المرتهن كلقى طائر يجب تسليمه إلى مالكه كما يجب هنا تسليمه إلى مالك العبد وأما كسبه المعتاد فرهن مضمون لأنه من الفوائد .

﴿ وأما مؤن الرهن ﴾ وهو الطرف الثالث : فقد بينه الإمام عليه السلام بقوله ﴿ ومؤنه ﴾ وهو ما يحتاج إليه من نفقة مملوك وعلف بهيمة وأجرة حفظ وسائس وراع وحالب[(٢)] ونحو ذلك مما يحتاج إليه للعين المرهونة فهذه ﴿ كلها على الراهن ﴾ ليس على المرتهن منها شىء ويقبل قوله فى قدر النفقة حيث ادعى المعتاد لا فى المدة فيبين ﴿ فإن أنفق المرتهن ﴾ على الرهن أو فعل له شيئاً محتاجاً إليه كإصلاح جدار مائل ونحوه ﴿ فكالشريك ﴾ فإن انفق لغيبة المالك — وحدها فى حق الحيوان مايتضرر به عادة وهو وقت الحاجة وفى غير الحيوان مسافة بريد أو لإعساره مع إذنه أو تمرده — رجع عليه إذا نوى الرجوع ، ويدخل مافعله مع الدين فيبقى الرهن محبوسا بهما وإن لم يكن شىء من ذلك لم يرجع هذا هو الصحيح للمذهب .

﴿٢٨٤﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ وهو ﴾ أى الرهن مع المرتهن ﴿ كالوديعة ﴾ فى يد الوديع فى تحريم الانتفاع به والتصرف من رهن وتأجير وبيع ونحو ذلك من التصرفات خلا بيع ماخشى فساده فيجوز ﴿ إلا ﴾ أنه يخالف الوديعة ﴿ فى ﴾ أمرين :

﴿ أحدهما ﴾ : ﴿ جواز الحبس ﴾ للعين المرهونة حتى يستوفى ماله ولو كره المالك أو طالب به .

---

(١) ما ركزه الله أى أحدثه وأوجده فى المعادن من ذهب وفضة وغيرها .

(٢) وأما اللبن فان كان ترك الحليب فى الضرع يضر بالحيوان ولم يحلبه الراهن حلبه المرتهن ويحفظ اللبن فان خشى فساده باعه وحفظ ثمنه معه فإن لم يمكنه وخشى فساده فعليه تسليمه الى الراهن إن حضر وإن غاب انتفع به وضمنه وله أجرته إن نواها .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ : ﴿ أنه ﴾ أى الرهن ﴿ فى العقد الصحيح[1] ﴾ مضمون على المرتهن لا فى الفاسد من أصله كالشياع المقارن للعقد ونحوه فلا ضمان على المرتهن بل يكون فى يده وديعة ، وأما إذا كان الفساد طاريا فيبقى ضمان المرتهن ﴿ ولو ﴾ كان الرهن ﴿ مستأجراً ﴾ من مالكه استأجره الراهن ﴿ أو ﴾ يكون الرهن فى يد المرتهن ﴿ مستعاراً ﴾ استعاره الراهن ﴿ لذلك ﴾ أى للرهن فتكون العين المستأجرة أو المستعارة من مالكها للرهن مضمونة على المستأجر والمستعير ضمان رهن وسواء كان التلف معهما قبل الرهن أم بعده إن استعاره من المرتهن لأن الإجارة والعارية للرهن تضمين ، فإن تعذر على المستعير فك الرهن كان لمالكه فكه بأن يسلم ما رهن فيه ويرجع على الراهن بما سلمه إذ هو كالمأذون من جهة الحاكم بتخليص ملكه وإن لم يفكه مالكه من يد المرتهن ولا استفكه الراهن باعه الحاكم لقضاء ما رهن فيه وكانت قيمته فى يد الراهن لمالكه . ولا يصح أن يرهنه المستعير من المالك لأنه يؤدى إلى أن يكون مضمونا على كل واحد منهما للآخر .

﴿ فرع ﴾ : وليس للمعير الرجوع عن العارية بعد قبض المرتهن إذ قد لزم فيه حق للغير فلا يصح ، وأما قبل القبض فيصح الرجوع ولو قد عقد الرهن لعدم لزومه .

﴿ و ﴾ صحة رهن المستأجر والمستعار للرهن مشروطة بأن المستأجر والمستعير ﴿ لم يخالف المالك ﴾ فيما عين وأما إذا خالف المالك فيما عين أن يرهن فيه ، اما فى زيادة القدر لا دونه فيجوز أو فى الشخص أو فى المكان أو فى الزمان أو تنجيم أو مع واحد أو اثنين أو معجل أو مؤجل أو نحو ذلك بقى الرهن موقوفا على إجازة المالك لحصول المخالفة لما عين فإن لم يجز صار المستأجر والمستعير ضامنين ضمان الغصب لا ضمان الرهن فإن أطلق المالك ولم يذكر شيئا معلوما انصرف إلى المعتاد عند المالك

(١) الجواب فى قوله (مضمون) الخ .

ثم عرف البلد فإن لم يكن ثمة معتاد فما شاء ، والرهن ﴿ مضمون ﴾ على المرتهن ﴿ كله ﴾ يعني بزيادته إذا كان في قيمته زيادة على الدين ضمنها المرتهن والراهن يضمن زيادة الدين للمرتهن والضمان على المرتهن يختلف باختلاف صور التلف فيضمن ﴿ ضمان الرهن إن تلف ﴾ بغير جناية ولا تفريط منه بل بآفة سماوية أو تغلب عدو ثم أتلفه ضمن ﴿ بأوفر قيمة ﴾ من يوم ﴿ القبض إلى ﴾ يوم ﴿ التلف ﴾ فإذا كان في سعره زيادة في هذه المدة وتلف وقد نقص السعر ضمن ذلك الزائد .

﴿ و ﴾ يضمن المرتهن ضمان ﴿ الجناية إن أتلف ﴾ الرهن بتعمد منه كذبح للحيوان وغير ذلك من وجوه التعدي فيضمن ضمان جناية إن أحب المالك وإلا فضمان الرهن . فعرفت من هذا أن لا فرق بين ضمان الرهن سواء كان بجناية أم لا ، وإنما المراد الإشارة إلى الفرق بين الضمانين .

﴿ واعلم ﴾ أن ضمان الرهن يفارق ضمان الجناية من وجوه أربعة :

﴿ الأول ﴾ : ان ضمان الجناية يوم التلف من قليل أو كثير وضمان الرهن بأوفر القيم من يوم القبض إلى يوم التلف .

﴿ الثاني ﴾ : أن ضمان الجناية لو كان المجني عليه عبداً لايتعدى دية الحر بخلاف ضمان الرهن فقيمة العبد بالغة مابلغت ولو تعدت دية الحر .

﴿ الثالث ﴾ : أن الخطأ في الجناية على العبد على العاقلة بخلاف العبد المرهون لو جنى عليه المرتهن خطأ لم تحملها عاقلته إلا أن يضمنه الراهن ضمان الجناية حملتها عاقلته .

﴿ الرابع ﴾ : إذا كانت الجناية على صيغة من ذهب أو فضة كالدملوج[1] وقراب[2] الخنجر ولم ينقص من وزنه ونقصت قيمته ضمن الجاني الأرش وهو

---

(١) الدملوج حلى يلبس في العضد الجمع دماليج وقد يكون مجوفا كالكبيس .

(٢) القراب هي الثومة المعروفة والخنجر هي النصلة ومجموعهما مع الحزام يقال لها في العرف « جنبية » لأنها تكون بجانب من خصر المحتزم كما هو معروف في اليمن .

مانقص من القيمة بخلاف الرهن فلا يضمن لأنه يقتضى الربا .

﴿ وفى نقصانه ﴾ أى الرهن فى يد المرتهن ﴿ بغير السعر[١] ﴾ نحو ان ينقص لأجل جناية أو آفة سماوية أو هزال أو نحو ذلك نقصانا ﴿ يسيراً ﴾ وهو نصف قيمته فما دون لزم ﴿ الأرش ﴾ على المرتهن وهو ما بين قيمته ناقصاً وبين أوفر القيم من يوم القبض إلى حين النقصان ﴿ غالباً ﴾ احتراز من صورة فإن المرتهن لايضمن الأرش لأنه يؤدى إلى الربا إذ هو ضمان معاملة لا ضمان جناية فكان كالبيع نحو : أن يرهن منجد[٢] أو دملوج فينخدش أو ينهشم من دون جناية من المرتهن ولا من غيره ولا نقص فى وزنه فلا ضمان على المرتهن فى هذه الصورة لأن الراهن إذا أخذ مع الدملوج أرش مانقص من قيمته ولم ينقص من وزنه فذلك ربا .

﴿ و ﴾ إن كان ذلك النقص ﴿ كثيراً ﴾ وهو ما فوق نصف القيمة ثبت ﴿ التخيير ﴾ للراهن بين قبض العين المرهونة مع الأرش أو يتركها للمرتهن ويأخذ أوفر القيم لها قبل النقص .

﴿ و ﴾ ﴿ اعلم ﴾ أن المرتهن إذا لزمه قيمة الرهن أو أرشه للراهن فإن ذلك ﴿ يساقط الدين ﴾ الثابت فيه مع الاتفاق فى الجنس والنوع والصفة فيسقط عن الراهن من الدين بقدر الأرش فإن تساويا فى القدر تساقطا وبطل الرهن وبقى الضمان على المرتهن حتى يقبض الراهن الرهن ﴿ إلا لمانع ﴾ من المساقطة نحو أن يكون الأرش من غير جنس الدين كأن يكون الدين طعاماً واللازم للمرتهن أرش الرهن المجنى عليه من الدراهم أو يكون الأرش من جنس الدين لكن منع مانع آخر كاختلاف الصفة نحو سبيكة فضة مرهونة فى نقد فضة فنقص وزن السبيكة

---

(١) يعنى وأمانقصان السعر فلا يضمنه المرتهن مع بقاء العين لامع التلف فيضمن نقصان السعر فى القيمى لا فى المثلى لأن الواجب مثله فقط اه .

(٢) المنجد حلى من ذهب مكلل باللؤلؤ والفص فى عرض شبر يأخذ من العنق إلى أسفل الثديين وهو المعروف فى بعض نواحى تهامة اليمن بامرشة وفى غيرها باللبة .

فلا تساقط لاختلاف السبيكة والنقد فى الصفة وإن كان الجنس واحداً .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ على مستعمله ﴾ أى الراهن أو المرتهن أو غيرهما ﴿ لا بإذن الآخر الأجرة ﴾ للاستعمال ﴿ وتصير ﴾ حيث كانت من غير جنس الدين ﴿ رهناً ﴾ فى يد المرتهن بعد أن يقبضها من يد الراهن إن كان هو المستعمل بإذن المرتهن أو من غيره إن كان الاستعمال بإذنهما أو يقبضها المرتهن من نفسه إن كان هو المستعمل بإذن الراهن ولا يحتاج فى قبضها إلى إذن من الراهن أو من الحاكم أما لو كانت من جنس الدين وصفته سقط من الدين بقدرها ومتى تساويا فى القدر تساقطا كما مرّ آنفاً .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان : « فإن أذن له الراهن بالانتفاع أو أباحه له أو نذر عليه بمنافعه فإن كان ذلك لأجل إنظاره بالدين فهو ربا لا يجوز ولا يصح وتجب الأجرة إن انتفع وان كان ذلك تبرعا منه لا فى مقابلة الدين جاز ولا شىء عليه . وكذا لو باع من عليه الدين من غريمه شيئاً وحاباه فى ثمنه لأجل الدين كانت المحاباة ربا ولم يصح البيع »

﴿ ولا ﴾ ينفذ ﴿ تصرف للمالك فيه ﴾ أى فى الرهن ﴿ بوجه ﴾ من وجوه التصرفات لا ببيع ولا إجارة ولا هبة ولا وصية ولا غيرها من ضروب التصرفات ﴿ إلا بإذن المرتهن ﴾ أو سقوط دينه فإن تصرفه ينفذ فى الرهن ﴿ فإن فعل ﴾ الراهن فى الرهن أى هذه التصرفات ﴿ نقض ﴾ ذلك التصرف ﴿ كالنكاح ﴾ لو زوج الراهن أمته المرهونة كان النكاح موقوفا على إجازة المرتهن أو سقوط الدين قبل وقوع أحدهما لكل من المتعاقدين فسخ النكاح .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا قام شفيع فى الرهن حكم به وكان ثمنه رهناً بدلا عنه . ﴿ إلا العتق ﴾ من المالك ﴿ والاستيلاد ﴾ أى إذا أتت الأمة المرهونة بولد وهى فى يد المرتهن بوطء قبل الرهن أم بعده لستة اشهر أم أكثر وادعاه المالك فإن العتق والاستيلاد يصحان ﴿ على ﴾ ما فيهما من ﴿ الخلاف ﴾ ولا ينقضان ولا يصح رجوعه عن عتقه .

﴿ والحاصل ﴾ أن نقول إذا أعتق الراهن العبد المرهون عتق مطلقا سواء كان

فى قيمته زيادة أم لا وسواء كان سيده موسراً أو معسراً إلا أنه إن كان موسراً لزمه تسليم الرهن الحالّ أو إبدال المؤجل ، وإن كان معسراً نجم عليه الدين إذا كان يمكنه التكسب وإلا استسعى العبد فى الأقل من قيمته أو الدين فإن تعذرت السعاية من العبد بيع بالدين حيث لا زيادة فى قيمته ، ومن فى قيمته زيادة يبقى محبوساً بيد المرتهن وتثبت له أحكام الحر ولا ضمان عليه ، وحيث تمكنه السعاية يرجع على سيده بما سعى إذا نوى الرجوع دون من لا زيادة فى قيمته والتدبير كالعتق « والاستيلاد » من الراهن يثبت حكمه ويكون مع إيسار الراهن كالعتق ومع الإعسار يسعى بالأقل من قيمتها أو الدين ولا تلزم الولد سعاية إن ادعاه حملا وإلا كان عليه قدر قيمته يوم الولادة ينجم على أبيه إن أمكنه التكسب وإلا سعى بها الولد متى أمكنه ورجع على الأب . « وأما مع الكتابة » فمع إيسار المكاتب كالعتق وإلا كان للمرتهن فسخ ما لا ينفذ واستسعاؤه فى النافذ .

(٢٨٥) ﴿ فصل ﴾

فى حكم التسليط وما يتفرع عليه : والتسليط هو أن يقول الراهن للمرتهن أو مختار غيره قد سلطتك على بيعه أو وكلتك أو أمرتك فى وقت كذا أو أطلق فان المسلط بأى هذه الألفاظ يصير وكيلا ويصح بيعه الرهن .

نعم ﴿ وإذا قارن التسليط العقد ﴾ بأن كان بعد الإيجاب قبل القبول ﴿ لم ينعزل ﴾ المسلط لأنه وكيل وأجير ﴿ إلا ﴾ أنه ينعزل بأحد وجوه خمسة إما ﴿ بالوفاء ﴾ للمرتهن أو بانقضاء وقت التسليط أو يعزل نفسه ولا يحتاج أن يكون فى وجه الأصل أو يعزله الراهن باللفظ ورضاء المسلط أو يبطل الرهن بأى وجه ولا ينعزل بموت الراهن ولا بموت المسلط سواء كان المختار أم المرتهن ولوارث المرتهن البيع لأن التسليط إذا وقع حال العقد صار من حقوقه فلا يبطل بموت أيهما بل بموت المختار فلا يكون لوارثه

البيع ﴿ وإلا ﴾ يقارن التسليط العقد بل كان بعد الإيجاب والقبول ﴿ صح ﴾ العزل وبطل التسليط بأحد الوجوه المتقدمة و ﴿ بالموت ﴾ لأيهما وإن لم يعلم الثانى أو بجنونه أو ردته مع اللحوق ﴿ أو اللفظ ﴾ من الراهن مع علم الآخر ﴿ وإيفاء ﴾ الراهن بعد التسليط ﴿ البعض ﴾ من دين المرتهن ﴿ أمارة ﴾ لنقض التسليط إذا وقع بعد الرهن وليس بنقض صحيح بمعنى أنه يصح البيع ولكن يكره .

﴿ و ﴾ إذا اتفق الراهن والمرتهن على أن يكون الرهن فى يد عدل مكلف ولو عبداً مأذوناً جاز ذلك وكانت ﴿ يد العدل ﴾ أى المختار المتفق عليه ولو كافراً أو فاسقا ﴿ يد المرتهن ﴾ فى قبض الرهن وصحته وقبض ثمنه كالمرتهن وإذا تلف فى يده فعلى المرتهن وهذا فى مجرد التسليم إلى العدل ، وأما العزل فلكل منهما عزله وله رده إليهما معاً فإن امتنعا أجبرهما الحاكم ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من رده إلى أحدهما فليس له ذلك إلا بإذن الآخر أما قبل أن يستوفى المرتهن دينه فذلك ظاهر أنه لا يسلمه العدل إلا بالإذن وأما بعد استيفاء المرتهن فانه يسلمه إلى الراهن من غير إذن ، وليخرج ما لو كان المسلط هو العدل ومات فإنه يبطل التسليط بموته ولو مقارنا بخلاف المرتهن ، وليخرج الضمان فإن العدل يضمنه ضمان أمانة إلا أن يكون بأجرة ضمنه ضمان المشترك وضمان الرهن على المرتهن .

﴿ و ﴾ الرهن ﴿ إذا باعه ﴾ بائع ﴿ غير متعد ﴾ فى بيعه والذى ليس بمتعد ستة ، أحدهما بإذن الآخر أو المنادى بإذنهما أو المرتهن عند خشية الفساد مع غيبة الراهن أو العدل المسلط على بيعه أو الحاكم وليس له ذلك إلا بعد أن يأمر الراهن ببيعه فيمتنع ، أو كان غائباً بريداً فإذا باعه أحد هؤلاء الستة ﴿ للايفاء أو لرهن الثمن ﴾ أو أطلق ﴿ وهو ﴾ أى الرهن ﴿ فى غير يد الراهن فثمنه وفاء ﴾ للمرتهن ان بيع للإيفاء ﴿ أو رهن مضمون ﴾ فى يد العدل أو المرتهن ان بيع لرهن ثمنه .

﴿ واعلم ﴾ أن الثمن لا يكون وفاء إلا إذا بيع الرهن له وأذن الراهن للمرتهن

أن يقبضه للوفاء أوقبضه إياه بعد حصوله أما لو لم يأذن له بذلك ولا قبضه والثمن رهن يقبضه وإن كان فى يد الراهن ولو بيع لرهن ثمنه فهو بعد البيع رهن غير مضمون على المرتهن سواء.أذن له أم لم يأذن له أما لو بيع لا لأحد الأمرين ولا مطلقا بل بيع لينفتع الراهن بثمنه بإذن المرتهن فيخرج بعد البيع عن الرهنية والضمان معاً .

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البحر . « والمرتهن أحق بقدر دينه من ثمن الرهن من سائر الغرماء إذ هو أخص منهم ولا تبطل الخصوصية بموت الراهن لتعلق حقه بعين الرهن دونهم فإن قصر الرهن كان فيما بقى من دينه أسوة الغرماء ولا يحل الدين المؤجل بموت الراهن .

﴿وهو﴾ أى الرهن بعد أن باعه أحد الستة للإيفاء أو لرهن الثمن أومطلقا ﴿قبل التسليم﴾ إلى المشترى ﴿مضمون﴾ على المرتهن ضمان الرهن حتى يقبضه المشترى وعلى المرتهن مطالبة المشترى بالثمن وليس له أن يطالب الراهن بدينه ولا بتعويض الرهن فإن فرّ المشترى بعد قبضه للمبيع المرهون قبل أن يستلم الثمن ضمن المرتهن الثمن ﴿ غالبا[1] ﴾ يحترز مما لو جرى عرف بتسليم المبيع قبل قبض الثمن لم يضمن المرتهن الثمن فأما لو فرّ المشترى قبل قبض المبيع وتسليم الثمن فالحاكم يقوم مقامه فيما مرّ بقبضه وبيعه لتوفير الثمن فالاحتراز بغالباً مرجعه إلى ضمان الثمن لا إلى ضمان المبيع كما هو ظاهر الأزهار ، ولذا قال فى شرح الفتح : « لا وجه للاحتراز . لأن الرهن مضمون فى هذه الصورة إذا لم يفر المشترى فأولى وأحرى إذا فرّ » .

---

(١) وفى لفظة (غالبا) قد اضطربت التفاسير واختلفت آراء الجماهير من شراح الأزهار والمعلقين على هامشه كل ذلك لأن الاحتراز كما حكينا كلام صاحب الفتح لاوجه له وجل تلك التفاسير لاتقتضيها القواعد الفقهية والقوانين النقلية ، وقد توخينا لغالباً تفسيراً مختاراً كما هودأبنا فى غيرهذا المقام رعاية ماندر من الأزهار عن المذهب الشريف مهما أمكن أن نصيغه فى قالب الشرح اه .

﴿٢٨٦﴾ ﴿فصل﴾

فى حكم جناية الرهن وحكم رهن العبد الجانى وغيرهما من الأحكام . واعلم أنها إذا وقعت جناية من الرهن على نفس أو مال وهو فى يد المرتهن لزمت الراهن ﴿ ولا يضمن المرتهن ﴾ جنايته ﴿ إلا جناية ﴾ الحيوان ﴿العقور إن﴾ علم بأنه عقور و﴿فرط﴾ فى حفظه ضمن جنايته ﴿ وإلا ﴾ يعلم المرتهن بأنه عقور أو لم يفرط فى حفظه بل حفظه حفظ مثله ﴿ فعلى الراهن﴾ ضمان جنايته إن علم أن الحيوان المرهون عقور ولم يعلم المرتهن وهذا معنى قوله ﴿ إن لم تهدر ﴾ فى حكم الشرع فإن كانت مما تهدر فإنه لا يضمنها الراهن ولا المرتهن كأن يكون الرهن فرساً غير عقور والجناية من كبحها أو تشمسها المعتادين أو كانت عقورا سواء جهل الراهن ذلك أو لم يجهل وأعلم المرتهن أنها عقور وحفظها المرتهن حفظ مثلها ففى هذه الحالات تهدر جنايتها ولا ضمان على أيهما .

﴿ ولا تخرجه ﴾ الجناية ﴿ عن صحة الرهنية والضمان ﴾ على المرتهن ما دام فى يده ﴿ إلا أن ﴾ يكون الرهن عبدا ويجنى ما ﴿ يجب القصاص ﴾ فيه من النفس أيضا ويختار المستحق للقصاص أخذ العبد لقتله أو لاسترقاقه أو لبيعه أو لما شاء ويسلم للمالك ﴿ أو ﴾ كانت الجناية لا توجب القصاص بأن تكون خطأ أو على مال عمدا أو خطأ أو توجبه فيما دون النفس واختار السيد ﴿ التسليم ﴾ للعبد بجنايته ﴿ والمالك متمكنا من الإيفاء﴾ لما رهن العبد فيه من الدين الحال ﴿ أو﴾ لم يكن حالا بل مؤجلا والمالك متمكنا من ﴿ الإبدال ﴾ للعبد الجانى برهن آخر مساو لقيمة العبد فإنه يخرج بها عن الرهنية والضمان متى سلم للمجنى عليه فإن كان المالك معسرا بقى الرهن فى يد المرتهن حتى يجد الراهن الوفاء أو البدل ولا يكون للمجنى عليه المطالبة بجنايته فى هذه الحال لقوة حق المرتهن وإنما كان حق المرتهن أقوى لأن دينه أقدم وهو

متعلق بذمة الراهن وعين الرهن بخلاف المجنى عليه . فإن تعذر الوفاء والبدل بيع العبد بالدين مع بيان عيبه إن وجد من يشتريه مع ذلك ويقال للمجنى عليه اتبع العبد لأن البيع هنا ليس باختيار من السيد لنقل الأرش إلى ذمته لـكونه ملجأ إلى بيعه لحق المرتهن وسـواء كانت الجناية توجب القصاص أو الأرش فقط فإنهما يؤخران حتى يستوفى المرتهن فان لم يوجـد من يشتريه نجم الدين على الراهن إن أمكنه بدون تكسب إذ لا يجب عليه التكسب هنا فان لم يمكنه استسعى العبد بقدر الدين ثم يتبعه المجنى عليه .

﴿ وكذا ﴾ لك يصح الرهن ويكون مضمونا على المرتهن ﴿ لو تقدمت ﴾ جناية العبد على ﴿ العقد ﴾ للرهن لم تمنع من صحة الرهن والضمان لتعلق حق المجنى عليـه بالرقبة وحق المرتهن بالثمن وصح بيعه مع وجوب القصاص عليه فى النفس لأن له مع ذلك قيمة إذ يصح أن يشتريه مشتر ليمتقه ، ولم يجعل أهل المذهب رهنه مع العلم بجنايته اختيارا لنقل الأرش إلى ذمته كما لو لم يجعلوا تأجيره مع جنايته اختيارا لنقل الأرش إلى ذمة السيد إذ لو كان اختيارا لنقل الأرش إلى ذمته لم يكن له أن يختار تسليمه للمجنى عليه ويسلم دين المرتهن أو يبدل رهنا مع أن له ذلك بلا إشكال .

﴿ و ﴾ الرهن ﴿ يخرجه عنهما ﴾ يعنى عن الرهنية والضمان أحد أربعة أمور :

﴿ الأول ﴾ ﴿ الفسخ ﴾ للرهن فان كان الفسخ من جهة الراهن فلا بد من رضاء المرتهن وقبوله للفسخ أو حكم حاكم وإن كان من المرتهن فلا بد أن يكون فى وجه الراهن ولا يحتاج إلى رضاه كما يأتى فى قوله « وهو جائز » .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ ﴿ سـقوط الدين ﴾ عن الراهن ﴿ بأى وجه ﴾ من أوجه سقوط فانه يخرج الرهن عن الرهنية ولا يخرجه عن ضمان المرتهن إلا إذا كان سقوط الدين بابراء أو نذر أو هبة أو صدقة قبل تلف الرهن فيكون فى يده كملقى طائر يجب تسليمه إلى مالـكه فان كان بالاستيفاء فالرهن فى ضمان المرتهن ولا يخرج

عن الضمان حتى يقبضه الراهن ولو بالتخلية وإن لم يسلمه بعد مطالبته كان غاصبا وهذا قول أبي طالب وهو المختار .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ زوال ﴾ يد المرتهن عن ﴿ القبض ﴾ للعين المرهونة إذا كان زوال يده ﴿ بغير فعله ﴾ بل بأمر غالب كغلبة العدو على العقار كالأرض أو الدار أو نحوهما ولم يكن للمرتهن فيه اختيار ولا تمكن من استرجاعه بما لا يجحف فإن أمكنه وجب وإلا ضمن .

﴿ واعلم ﴾ أن زوال القبض عن العين المرهونة على وجوه أربعة :

﴿ إحداها ﴾ أن يخرب العدو الأرض ونحوها ويد المرتهن ثابتة عليها فهنا يحكم بأنها تلفت رهنا مضمونا وسواء كان العدو كافرا أم باغيا .

﴿ الثاني ﴾ أن يستولى عليها أهل الحرب ويد المرتهن ثابتة عليها أيضا فقد ملكوها بالاستيلاء وملكهم لها كتلفها فيحكم بأنها تلفت رهنا مضمونا ففي هذين الوجهين يضمنها المرتهن بأوفر القيم فإما تساقطا أو ضمن كل لصاحبه ما عليه ولا يتصور عودها رهنا في هذين الوجهين .

﴿ الثالث ﴾ أن يزعج عنها المرتهن ثم يستولى عليها العدو فإن كان كافراً خرجت من الرهنية والضمان فلا يضمنها المرتهن ويطالب الراهن بدينه ولو زالت عنها يد الكافر لم تعد رهناً وإن كان العدو باغياً خرجت عن الضمان لا عن الرهنية فلو زالت يد العدو عنها بقى حكم الرهن على حاله فيحبسها المرتهن عن مالكها ويعود ضمانها .

﴿ الوجه الرابع ﴾ أن يستولى عليها العدو الباغى ويد المرتهن ثابتة عليها فقد زال القبض بغير فعله فيخرج عن الضمان فقط لا عن الرهنية على الأصح ومعنى ذلك أنه يطالب الراهن بدينه وإذا زالت عنها يد البغاة فحكم الرهن باق فله حبسها عن الراهن ويعود ضمانها أما لو كان زوال القبض بفعل المرتهن نحو أن يهبه أو يؤجر أو يعير أو يرهن أو نحو ذلك بغير إذن الراهن فإنه لا يخرج بذلك عن الرهنية ولا عن

الضمان بل إذا تلف فهو رهن مضمون فإن كان فعل ذلك باذن الراهن بيعا أو هبة فقد أوجب فيه قبضا مستحقا باذن مالكه فخرج عن الرهنية والضمان بعد تسليمه إلى المأذون له بالتسليم إليه .

﴿ وضابط ما يخرج العين عن الرهنية ﴾ فى جميع هذه الوجوه أن تقول تخرج العين المرهونة عن الرهن باستيلاء الكافر مطلقا أو خراب العدو مطلقا وما سواه فلا تخرج عن الرهنية .

﴿ وضابط ما يخرج الرهن عن الضمان ﴾ أن يزعج المرتهن عن الأرض أو الدار أو نحوهما ثم يستولى عليها العدو مطلقا سواء كان كافرا أم باغيا وسواء أخربوها أم لا وما سوى ذلك فلا تخرج عن الضمان. هذا ما قرر فى هذه المسئلة .

﴿ إلا ﴾ أن يكون المرهون من ﴿ المنقول ﴾ فإنه إذا زال قبضه بغير فعل المرتهن نحو أن يغصبه عليه غاصب فإنه لا يخرج بذلك عن الرهنية والضمان إلا أن يكون الغاصبون كفارا خرج عن الرهينة لا عن الضمان ﴿ غالبا ﴾ يحترز بها الإمام عليه السلام عن العبد إذا أبق فى يد المرتهن وعن الأرض إذا طمها السيل فى يد المرتهن حتى تعذر الانتفاع بها فراد الإمام عليه السلام أن المرتهن لا يضمن قيمتى العبد والأرض والمختاران المرتهن يضمن الراهن القيمة إذ الإباق فى يد المرتهن وتعذر الانتفاع فى الأرض بمنزلة التلف. قال ﴿ أبو طالب ويعود ﴾ الضمان ﴿ ان عاد ﴾ الرهن الى يد المرتهن لأن الرهنية باقية .

﴿ و ﴾ اذا كان الدين مؤجلا فإنه ﴿ لا يطالب ﴾ المرتهن ﴿ قبله ﴾ أى قبل حلول الأجل ﴿ الراهن ﴾ بالدين حتى يحل الأجل ثم يطالبه به ولو قبل عود الرهن الى يد المرتهن لأن له المطالبة اذا كان الدين غير مؤجل قبل زواله من يده وبعده. هذا هو المختار للمذهب كما يأتى . وقال المؤيد بالله ــ وهو خلاف المختار ــ: أن المرتهن قبل عود الرهن اليه من الاباق وغيره ليس له مطالبة الراهن بالدين ولو كان حالا وعليه

ظاهر الأزهار وحذا حذوه فى شرحه ابنُ مفتاح بناء على ما انتزعه من الغيث للامام عليه السلام .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ من الأمور التى يخرج بها الرهن عن الرهنيــة والضمان : ﴿ مجرد الابدال ﴾ نحو أن يعطى الراهن المرتهن شيئا آخر رهنا مكان الرهن الأول إذا أراد أخذه فإن المرتهن إذا قبض البدل خرج الأول عن الرهنية والضمان ولو قبل قبض الراهن له ﴿ عند المؤيد ﴾ بالله . وقال أبو طالب وهو المختار للمذهب: ولا يبطل ضمان الرهن الأول بمجرد الإبدال بل هو مضمون حتى يقبضه الراهن ولو بالتخلية وتثبت الرهنية والضمان للثانى من وقت قبضه ولا يحتاج إلى عقد جديد لأن بدل الرهن رهنا فان تلف الثانى قبل رد الأول لم تعد رهنية الأول ويسقط من الدين بقدر قيمة الثانى لتلفه .

﴿ و ﴾ يخرج الرهن ﴿ عن الضمان فقط ﴾ لا عن الرهنية بأحــــد أمرين « الأول » ﴿ بمصيره ﴾ أى الرهن ﴿ إلى ﴾ يد ﴿ الراهن ﴾ وســواء صار اليه ﴿ غصبا(١) ﴾ أى غصبه على المرتهن ﴿ أو امانة ﴾ نحو أن يودعه إياه . « الثانى » قوله ﴿ أو ﴾ لم يصر اليــه بل ﴿ أتلفه ﴾ هو أو عبده أو حيوانه العقور ولم يحفظ حفظ مثله أو تلف بسقوط جداره المائل فان الرهن الذى فى يد المرتهن يخرج عن ضمان المرتهن بإتلاف الراهن له ولم يخرج عن الرهنية ﴿ و ﴾ لـكن يجب ﴿ عليه عوضه ﴾ رهنا مثله إن كان مثليا أو قيمته يوم تلف إن كان قيميا ولا يحتاج إلى تجديد عقد ﴿ لا تعجيل ﴾ الدين ﴿ المؤجل ﴾ فلا يلزم الراهن تعجيله قبل حلول أجله ولو كان من الراهن إتلاف الرهن فلا يلزمه الا ابداله كما تقدم .

﴿ و ﴾ عقد الرهن ﴿ هو جائز من جهة المرتهن ﴾ وليس بلازم ولذا متى شاء

---

(١) ولا أجرة عليه إن لم يستعمله فان استعمله لزمته الأجرة وتصير رهنا اه .

فسخه وإن لم يرض الراهن بالفسخ إلا أنه لم يتم الفسخ إلا فى وجه الراهن أو علمه بكتاب أو رسول وأما الراهن فعقد الرهن لازم من جهته بعد القبض فليس له الفسخ إلا برضاء المرتهن أو لسبب يقتضيه مما ذكر آنفا .

﴿ و ﴾ من أحكام الرهن أنها ﴿تصح الزيادة فيه﴾ بغير لفظ لأن زيادة الرهن المضافة إليه تلحق بالعقد ﴿ و ﴾ كذا الزيادة ﴿ فيما هو فيه ﴾ من الدين وللمرتهن حبس الرهن فى أصل الدين والزيادة التى لحقت .

نعم ﴿ و ﴾ إذا اختلف الراهن والمرتهن كان ﴿ القول للراهن ﴾ فى أحد عشر أمراً لأنه منكر خلاف الأصل والبينة على مدعيه وهو المرتهن .

﴿ الأول ﴾ : ﴿ فى قدر الدين ﴾ وجنسه ونوعه وصفته فإذا قال المرتهن دينى عشرون ديناراً . وقال الراهن عشرة كان القول قول الراهن والبينة على المرتهن ، وكذا القول قول الراهن « فى قدر العين » المرهونة كأن يكون عند المرتهن مائة صاع حنطة أمانة لرجل فرهن شيئا منها فى مائة درهم ثم حصل الاختلاف فقال المرتهن رهنتنى المائة الصاع الحنطة فى المائة الدرهم ، فقال الراهن رهنتك ثمانين صاعا فى المائة الدرهم فالقول قول الراهن والبينة على المرتهن فى قدر المرهون .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ أن يختلفا فى ثبوت الدين فالقول قول الراهن فى ﴿ نفيه ﴾ أى فى نفى الدين نحو أن يقول رهنتك فيما ستقرضنيه ولم يقع قرض ، فقال الآخر بل قد صار فى ذمتك كذا فالقول قول الراهن .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ القول قول الراهن فى ﴿نفى الرهنية﴾ فلو قال الراهن دينك ثابت على لكن لم أرهنك هذا الشىء فقال المرتهن بل رهنتنيه ، فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم الرهن .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع والخامس ﴾ القول قول الراهن فى نفى ﴿ القبض والإقباض حيث هو ﴾ يعنى الرهن ﴿ فى يده ﴾ أى فى يد الراهن أما نفى القبض فهو حيث يدعى

المرتهن أنه قد كان قبضه من الراهن ثم رده إلى الراهن وديعة أو عارية أو غصبه عليه وقال الراهن ماقبضته فالقول قول الراهن لأن الظاهر معه، وأما نفى الإقباض فهو حيث قال الراهن والرهن فى يده لم أقبضك إياه بل أخذته بغير إذنى أو كان لديك عارية أو وديعة فالقول قول الراهن لأن الأصل عدم الإقباض هنا ، وأما لو كان وقت المنازعة فى يد المرتهن كان القول قوله فيهما ، أما نفى القبض فلا معنى لدعوى الراهن له مع أنه فى يد المرتهن وأما نفى الإقباض فللاقرار بالرهن وحصول القبض فكيف يدعى الراهن الفساد لعدم الإقباض والحال أن الظاهر الصحة فكانت البينة عليه .

﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ لو كانت العين المرهونة قد تلفت وادعى المرتهن أنها معيبة من عند الراهن فلا يضمن قيمتها إلا معيبة، وقال الراهن بل تلفت غير معيبة فالقول للراهن فى نفى ﴿ العيب ﴾ من العين المرهونة بعد تلفها فيضمن المرتهن قيمتها سليمة من العيب إلا أن يدعى الراهن أن فى قيمة الرهن بعد تلفه زيادة على قدر الدين ، فيقول المرتهن رهنك قد تلف معيباً وقد صارت قيمته قدر الدين فقد سقط الدين بقدر قيمته ويقول الراهن تلف وهو سليم من العيب وقيمته زائدة على قدر الدين فسلم لى الزائد فالقول قول المرتهن وعلى الراهن البينة أنه تلف سليما من العيب حتى يستحق الزيادة.

﴿ و ﴾ ﴿ السابع ﴾ لو اختلفا فى ﴿ الرد ﴾ فإذا قال المرتهن قد رددت الرهن وقال الراهن مارددته فالقول قول الراهن فى الرهن الصحيح لا فى الفاسد فأمانة حيث كان الفساد أصلياً فإن بين كل واحد منهما أن الرهن تلف عند الآخر فبينة المرتهن أولى .

﴿ و ﴾ ﴿ الثامن ﴾ لو اختلفا فى تعيين العين المرهونة فقال المرتهن هذا رهنك الذى رهنتنيه والراهن أنكره فالقول قول الراهن فى نفى ﴿ العين ﴾ المرهونة

﴿ غالباً ﴾ يحترز من أن يقول الراهن هذا رهنى فيقول المرتهن ليس هذا برهنك فإن القول قول المرتهن ومن عين منهما بين .

﴿ نعم ﴾ ويكون القول قول الراهن فى نفى ما ادعاه المرتهن من الرد والعين ﴿ مالم يكن المرتهن قد ﴾ أسقط دينه بإبراء أو نذر أو هبة أو صدقة فلا يكون القول للراهن فى نفى الرد ونفى العين بل يكون القول للمرتهن لأن الرهن صار لديه بعد الإبراء أمانة لإحسانه بالإبراء ونحوه والأمين يقبل قوله مع يمينه فى الرد وتعيين العين : أما لو لم يبرئ بل ﴿ استوفى ﴾ المرتهن دينه فالقول قول الراهن فى دعوى نفى الرد وتعيين العين .

﴿ و ﴾ ﴿ التاسع ﴾ لو كان المرتهن قد أذن للراهن أن يبيع الرهن فباعه ثم ادعى المرتهن أنه رجع عن الإذن قبل البيع فالقول للراهن فى نفى ﴿ رجوع المرتهن عن الإذن بالبيع ﴾ قبله لأن الأصل عدم الرجوع . وكذا لو اتفقا على الرجوع واختلفا هل قبل البيع أو بعده فالأصل عدم الرجوع فإن صادقه الراهن على رجوعه قبل البيع لم يقبل قولهما إلا ببينة لأنه إقرار على المشترى . قال فى الكواكب : هذا حيث أذن المرتهن للراهن ببيعه للإيفاء أو لرهن الثمن وأما إذا كان لينتفع الراهن فقد خرج عن الرهنية بنفس الإذن فلا رجوع فيه لأنه فسخ والفسخ لا يصح الرجوع فيه .

﴿ و ﴾ ﴿ العاشر ﴾ لو اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن الرهن باق وقال المرتهن بل تالف فإن القول قول الراهن ﴿ فى بقائه ﴾ ويحلف على القطع استناداً إلى الظاهر والبقاء ما لم يغلب فى ظنه صدق صاحبه . والبينة على المرتهن فى تلفه وإلا حبسه الحاكم حتى يغلب فى ظنه أنه لو كان باقياً لسلمه ﴿ غالباً ﴾ احتراز من أن يدعى الراهن بقاء الرهن على ورثة المرتهن وتقول الورثة بل قد تلف مع مورثهم فالقول قولهم فى عدم بقائه لأن الأصل عدم وصوله إلى أيديهم رهناً مضموناً وأما لو

أقروا أنه صار إليهم ثم تلف بينوا لأنه صار إليهم رهنا مضمونا ، فإن أقر بعضهم صار جميع الرهن فى ضمانه لأنه مع كل واحد رهن .

﴿ والأمر الحادى عشر ﴾ أن القول للراهن « فى نفى التسليط » لو ادّعى المرتهن أن الراهن سلطه على بيع الرهن وقد باعه فأنكر الراهن فالقول قول الراهن لأن الأصل عدمه والبيّنة على المرتهن بذلك .

﴿ و ﴾ القول ﴿ للمرتهن فى ﴾ تسعة أشياء :

﴿ الأول ﴾ فى ﴿ إطلاق التسليط ﴾ المقارن للعقد فإذا قال المرتهن سلطتنى على بيعه ولم تقييد بوقت ولا غيره ، وقال الراهن بل قيدته فالقول للمرتهن وليس للراهن قبل البيع عزل المرتهن عن البيع لأن التسليط وقع مقارناً لعقد الرهن ، أما لو كان متأخراً لم يكن لإنكار المرتهن فائدة لأن الراهن له عزله عن التسليط متى شاء ولو كان مصادقاً له على الإطلاق .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ فى إطلاق ﴿ الثمن ﴾ فإذا ادعى الراهن أنه أمر المرتهن ببيع الرهن بثمن معلوم وادعى المرتهن الإطلاق فالقول للمرتهن ، وكذا لو اتفقا على أنه قيده بثمن معلوم واختلفا فى قدره بعد البيع فالقول للمرتهن ما لم يغبن غبناً فاحشاً فالبيع موقوف ولا فائدة فى التداعى فى الإطلاق والتقييد فى الصورتين .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ فى ﴿ توقيته ﴾ أى توقيت التسليط فإذا اتفقا على أن التسليط مؤقت لكن ادعى الراهن أنه سلط المرتهن على بيعه فى شهر فقط ويقول المرتهن فى شهرين فالقول قول المرتهن إذ الراهن يدعى عليه التعدى بعد الشهر والحق له والأصل عدم التعدى .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ فى ﴿ قدر القيمة ﴾ فإذا تلف الرهن واختلفا فى قدر قيمته سواء ادعى الراهن الزيادة فى القيمة على الدين أم دونه فالقول قول المرتهن فى تقديرها ما لم يدع خلاف ما تجرى به العادة .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ فى نفى ﴿ الأجل ﴾ نحو أن يقول الراهن الدين مؤجل فليس لك طلبه إلا عند حلول أجله ويقول المرتهن ليس بمؤجل فهاك الرهن وهات الدين فالقول قول المرتهن لأن الأصل عدم التأجيل ، وكذا لو اتفقا على الأجل واختلفا فى قدره فالقول قول المرتهن ما لم يختلفا فى الانقضاء فالقول قول الراهن إذا أنكر الانقضاء لأن الأصل بقاء الأجل ، وهذا الحكم لا يختص بالرهن بل لكل مؤجل .

﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ لو كان عند المرتهن للراهن عين مرهونة وأخرى وديعة فتلفت إحداهما وبقيت الأخرى فالقول قول المرتهن ﴿ فى أن الباقى الرهن ﴾ والتالف الوديعة لأن الأصل براءة الذمة وعدم الضمان ولا يقال هنا من عين بين لأنهما متصادقان أن العين للمالك .

﴿ و ﴾ ﴿ السابع ﴾ أن القول قول المرتهن ﴿ بعد الدفع ﴾[1] لبعض الدين من الراهن ﴿ فى أن ما قبضه ﴾ المرتهن ﴿ ليس عما فيه الرهن أو الضمين ﴾ بل عن الدين الآخر الذى لا رهن فيه ولا ضمين كأن يكون عند الراهن دينان أحدهما فيه رهن أو ضمين والآخر لا رهن فيه ولا ضمين فقال الراهن بعد أن قبضه الدين قبضت الدين الذى فيه الرهن فهات الرهن فقال بل قبضت الذى لا رهن فيه فالقول قول المرتهن ويستحق حبس الرهن ومطالبة الضمين .

﴿ فرع ﴾[2] فلو كان الدين مائتى دينار مائة فيها رهن ومائة فيها ضمين فدفع الراهن مائة ثم اختلفا هل المائة عما فيه الرهن أم عن ما فيه الضمين كانت المائة نصفين بين الدينين ه وكذا لو لم يكن له نية عند الدفع كان نصفين بين الدينين ولو تفاوتا فى القدر .

---

(١) لا قبله أو حاله فالقول قول الراهن اهـ .

(٢) يستفاد من البيان من آخر مسئلة فى كتاب الرهن اهـ .

﴿ و ﴾ ﴿ الثامن ﴾ القول قول المرتهن ﴿ فى تقدم العيب ﴾[١] فى الرهن وحصوله من عند الراهن والبينة على الراهن فى حدوثه عند المرتهن سواء كان الرهن باقياً أم تالفاً وسواء طلب المرتهن زيادة من الراهن على قيمة الرهن لأجل العيب أم لم يطالب هذا حيث تصادقا[٢] على حصول العيب فى العين المرهونة كأن يقول المرتهن للراهن عندك لى دين قدره مائتا درهم ولك عندى رهن معيب قيمته مائة درهم ولو كان سليما لكان بمائتين فيقول الراهن بل رهنته عندك سليما قيمته مائتا درهم فتعيب عندك حتى نقصت قيمته وأنكر المرتهن حصول العيب عنده فالقول قوله والبينة على الراهن لأنه قد صادق المرتهن على حصول العيب ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من صورتين: «إحداهما» حيث كان جواب الراهن على دعوى المرتهن مجملاً لم يذكر قدر الدين ولا قدر النقص بل قال كان لك دين ولى رهن وقد سقط ذاك بذا فالقول قول الراهن والبينة على المرتهن لأنه يدعى الزيادة « والصورة الثانية » إذا كان ثمة قرينة تدل على حدوث العيب مع المرتهن كالجراحة الطرية فإنه يكون القول قول الراهن من غير بينة ولا يمين .

﴿ و ﴾ ﴿ التاسع ﴾ لو اختلفا ﴿ فى فساد العقد ﴾ فالقول للمرتهن ﴿ مع بقاء الوجه ﴾ المقتضى للفساد ﴿ كَرَهَنْتَنِيهِ خمراً وهى ﴾ أى العين المرهونة ﴿ باقية ﴾ كذلك خمراً فإذا تداعيا فقال المرتهن العصير الذى رهنتنى وجدته خمراً فالرهن باطل والراهن يقول بل رهنتك عصيراً فاختمر عندك فتضمنه فالقول قول المرتهن حيث كانت العين المرهونة خمراً والبينة على الراهن أن رهنه وقت العقد كان عصيراً فلو تلفت العين أو صارت خلاً ، فالقول قول الراهن فإن اتفقا على أنه قبضه عصيراً ثم صار خمراً بطل الرهن وصار مضموناً على المرتهن ولا يعود رهناً إلا إذا استحال خلاً بغير معالجة والله تعالى أعلم.

---

(١) بخلاف ما تقدم فى البيع فإن البينة على المشترى فى تقدم العيب لأنه يريد بدعواه فسخ المبيع والأصل بقاؤه وهنا يريد بدعواه تضمين المرتهن والأصل عدم الضمان فكان عليه البينة اهوخور .

(٢) أما لو لم يتصادقا على حصول العيب فالقول قول الراهن كما مر قريباً فى الأمر السادس مما يكون القول فيه قول الراهن اه .

﴿٢٨٧﴾ كتاب العارية(١)

العارية بتشديد الياء وقد تخفف ﴿ وهى ﴾ اسم لما يعار. وحقيقتها فى اصطلاح أهل الفقه ﴿ إباحة المنافع ﴾ على وجه يحل وليست عندنا بهبة المنافع ولذا لا يجوز للمستعير أن يعير العين المستعارة إلا لعرف ما لم يشترط عليه المعير أن لا يعيرها لم يجز له أن يعيرها كما لا يجوز له أن يؤجرها وإن لم يشترط عليه ولو كانت عارية مضمنة ولا يعتبر فيها عقد بل التمكين كاف أو مايدل عليه ويصح الرجوع فيها متى شاء سواء أعار أجنبياً أم ذا رحم .

﴿ وإنما تصح ﴾ إباحة المنافع بشروط ستة : ثلاثة فى المعير ، وثلاثة فى العين المعارة ، أما التى فى المعير . ﴿ فالأول ﴾ أن تصدر إباحة المنافع ﴿ من مالكها ﴾ ولو سكراناً غير مميز أو الولى والوكيل والإمام والحاكم لمصلحة وكل من جرى العرف بعاريته كالشريك بغير المشترك ، وإذا كان المعير فضولياً فلا تلحقها الإجازة ما لم تكن عقداً(٢) فتلحقها ويسقط بالإجازة ضمان الاستعمال .

---

(١) والعارية تنقسم الى واجب ومندوب ومحظور ومكروه ومباح : أما الواجب فعند خشية الضرر بالغير إن لم يعره ما لا قيمة لمنفعته فى مدة العارية فأما ما لمنفعته قيمة فلا تجب إلا بالأجرة ، وأما المندوب فعند حاجة الغير للعين المعارة ، وأما المحظور فنحو إعارة الأمة الحسناء ممن لا يؤتمن عليها وعارية آلة الاصطياد من المحرم ليصطاد بها وعارية السلاح من الكافر لمحاربة المسلمين أو الباغى لمحاربة إمام الحق ويكون حكم الشىء المعار فى يد المستعير أمانة ، وأما المكروه فعارية الوالد العبد من ولده للخدمة لمنافاة خدمة الأب الابن التوقير الذى أرشدنا الشارع إليه أو عارية العبد المسلم من الكافر وما عدا ذلك فمباح انتهى من البيان مع بعض تصرف اه .

(٢) نحو أعرتك على دخول الدار ودخول الدار ليس لمثله أجرة وإلا كانت إجارة اه .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون المعير ﴿ مكلفاً ﴾ فلا تصح من مجنون ولا من صبي إلا إذا كان مميزاً مأذونا جرت العادة بعاريته .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يكون المعير ﴿ مطلق التصرف ﴾ فلا تصح من المحجور عليه فإن فعل لزم المستعير الأجرة وتكون للغرماء ولا يرجع على المعير لأنه قد استوفى المنفعة ، ﴿ ومنه ﴾ أى ومن المالك للمنافع ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ ﴿ المستأجر ﴾ للعين .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى والثالث ﴾ ﴿ الموصى[1] له ﴾ والمنذور له بالمنافع فلهم أن يعيروا وليس للآخرين أن يؤجرا ﴿ لا المستعير ﴾ فليس بمالك للمنافع فليس له أن يعير ولو ضمن إلا لعرف كما تقدم ، وكذا الموهوب له المنافع ليس له أن يعير على الأصح .

﴿ و ﴾ أما الثلاثة الشروط الراجعة إلى العين :

﴿ فالأول ﴾ أن تكون الإعارة ﴿ فيما يصح الانتفاع به ﴾ حال العارية « على وجه يحل » يخرج بذلك الحمار المكسور والعبد الرضيع ونحوهما مما لا يصح الانتفاع به فلا يصح إعارته ويكون أمانة وفائدته أنه لو ضمنه المالك لم يضمنه ولا يجب عليه الرد ما لم يكن للايناس فيكون عارية ، وقولنا : على وجه يحل : لتخرج آلات الملاهى والأمة للوطء ونحو ذلك فلا يصح إعارتها .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون المعار مما يصح الانتفاع به ﴿ مع بقاء عينه وإلا ﴾ يمكن أن ينتفع به إلا بإتلافه كالطعام والدراهم والدنانير ﴿ فقرض ﴾ يعنى تنقلب عاريته قرضاً صحيحا مع علم المالك أنه يريد إتلافه وإلا فغصب ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من عارية الحديد الذى لا يمكن الانتفاع به إلا مع نقص ما لا يمكن الانتفاع به إلا بنقصه

---

(١) سيأتى فى الوصايا أن الوصية بالمنافع إباحة لا ملك لكن يصح إعارتها شبه المملكة لأن الوارث ليس له الرجوع فتصح إعارتها بهذا الوجه ، وأما الموصى له بالسكنى فليس له أن يعير لأنه يشبه المستعير اه .

كالمنشار والمسحاة[1] والفأس والدواة والمكحلة والسراج القابس ، فعارية هذه الأشياء صحيحة وتكون إباحة ولو أدى إلى استهلاك جميعها كالشمعة لأنها تباع ونحوها : أما عارية الدراهم والدنانير للتجمل أو الوزن فصحيح إذ العين باقية .

﴿ فرع ﴾ : ويصح عارية العرصة لحفر بئر أو مدفن إذ العين باقية ومتى رجع المالك قبل انقضاء الوقت سلم الغرامة كما يأتى أول فصل ٢٨٨ .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن ينتفع به مع بقاء عينه ﴿ و ﴾ بقاء ﴿ نماء أصله ﴾ كعارية الدابة للركوب فنماها باق وهو لو حصل منها ولد ﴿ وإلا ﴾ يبق نماء الأصل بل أباحه المعير للمستعير ليستهلكه ﴿ فعمرى ﴾ يتبعها أحكام العمرى[2] كأن يقول أعرتك الشاة أو البقرة لتنتفع بنمائها سنة فهذه عارية تتناول إباحة منافعها الأصلية مع الفرعية إلا الولد ماتناسل ، وأما لو قال أعرتك الشاة لتنتفع بها لم يجز له استهلاك نمائها .

﴿ و ﴾ العارية ﴿ هى كالوديعة ﴾ فى جميع أحكامها ﴿ إلا فى ﴾ أمرين: «أحدهما» لزوم ﴿ ضمان ماضمّن ﴾ منها ونحوه وهو أن يستعير العين ليرهنها ، وكذا طلب الرهن كما تقدم وسواء كان الشارط للضمان المعير أو المستعير فيضمن العين بعد قبضها إن تلفت بأوفر القيم من يوم القبض إلا التلف إن قارن التضمين وإلا فمن يوم التضمين ﴿ وإن جهله ﴾ المستعير أى وإن جهل التضمين لم يسقط عنه الضمان ، وصورة ذلك: أن يرسل رسولا يستعير له فيستعير ويشرط عليه المعير الضمان فيضمن المرسل سواء أداها إليه أم لا أخبره بالضمان أم لا لأن قبض الرسول كاف فإن جنى أو فرط كان الضمان بخلاف الوديعة فلا تضمن بالتضمين .

﴿ فرع ﴾ إذا ولدت العارية المضمنة لم يدخل أولادها فى الضمان ولا فى العارية بل يكون أمانة كما يلقيه طائر فى ملك .

---

(١) المسحاة من أدوات تسوية الأرض كالمجرفة يقال سحوت الأرض سحواً وسحيتها قشرتها للإصلاح واسم ماسحوتها به المسحاة اهـ .

(٢) الآتية فى الهبة أول فصل (٢٨٩)

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الثانى ﴾ ﴿ وجوب الرد ﴾ على المستعير للعارية متى انقضت مدة العارية وتكفى التخلية ومدتها من مدة العارية بخلاف الوديعة فانه لا يجب عليه ردها فان شرط فى العارية عدم الرد صح الشرط وتكون بعد مدة العارية وديعة .

﴿ ويكفى ﴾ الرد للعارية ﴿ مع ﴾ شخص ﴿ ممتاد والى ﴾ موضع ﴿ ممتاد ﴾ ويد ممتادة فلا يجب عليه ردها بنفسه ولا الى يد مالكها بل لو ردها على يد غلامه أوالى من جرت العادة بالرد اليه كامرأة المعير أو ولده صح الرد وبرئ المستعير .

﴿ فـرع ﴾ فاذا كانت العادة جارية بالتسييب لم يحتج فيه الى إذن بل يبرأ اذا سيبها حيث جرت العادة مع علم المالك بأنه قد أوصلها الى الموضع المتاد للتسييب أو كانت عادتها تأوى اليه من غير أخذ الا أن يشرط عليه الرد الى يده لم يبرأ بالرد الى من جرى العرف بالرد اليه شخصا ومكانا لأن العرف يبطله الشرط ولأن له أن يتحكم فى ملكه كيف شاء .

﴿ وكذا ﴾ العين ﴿ المؤجرة ﴾ والرهن ﴿ واللقطة ﴾ يعنى أن حكم هذه وما يلقيه طائر أو ريح فى ملك حكم العارية فى أنه يصح الرد مع شخص ممتاد والى شخص أو مكان ممتاد ﴿ لا الغصب والوديعة[1] ﴾ فانه لا يبرأ الا بالرد الى يد المالك أومَن يده يد المالك كوكيله فى القبض أو شريك المفاوضة. قال الفقيه يحيى ولا فاصل بين هذه الأشياء الا العرف والعادة .

﴿٢٨٨﴾ ﴿فصل﴾

فى أحكام العارية ﴿ و ﴾ هى ستة :

﴿ الأول ﴾ أنها ﴿ تضمن ﴾ الغالب وغيره ﴿ بالتضمين ﴾ أو شرط الحفظ أو بأمر مضمن كالجناية ﴿ والتفريط ﴾ من المستعير ومن التفريط أن ينزع الخاتم للتطهر

(١) حيث أراد ردها وإلا فلا يجب إلا التخلية اهـ .

أو التيمم فيضمه فى موضع غير محرز فينساه أو تبتلعه حية أو غيرها . ﴿ و ﴾ كذا ﴿ التعدى ﴾ من المستعير ﴿ فى المدة ﴾ المضروبة للعارية فانه يضمنها ضمان غصب ويضمن أجرة الزيادة حيث كان لمثلها أجرة ﴿ و ﴾ كذا التعدى فى ﴿ الحفظ ﴾ نحو أن يسافر بما استعاره للحضر أو العكس أو يودعها لغير عذر أو يردّها مع غير معتاد أو نحو ذلك فإنه يضمن ضمان غصب ﴿ و ﴾ كذا التعدى فى ﴿ الاستعمال ﴾ نحو أن يحمل على الدابة أكثر مما استعارها له وكان مؤثراً فيها لمثله أجرة وإلا فلا، أو حملها جنساً آخر ولو كان أخف مع عدم العرف. ومن التعدى فى الاستعمال أن يجاوز المسافة المعينة قدراً لمثله أجرة، أو يردف معه والرديف ضامن أيضاً إن ساق أو تلف المستعار تحت العمل وقرار حصته عليه فإن أوهمه المستعير أن الدابة له ضمن قيمة حصته ويرجع بما دفع من القيمة على المدلّس لا من الكِرَاء لأنه قد استوفى ما فى مقابلته ما لم يتلف تحت العمل فلا يرجع بما دفع من القيمة ﴿ وإن زال ﴾ التعدى فى الحفظ والاستعمال لم يخرج عن الضمان نحو أن يودعها لغير عذر ثم يستردها ويحملها أكثر مما استعارها له ثم ينزع ذلك فإنها لا تعود يده يد أمانة ﴿ لا ما ينقص ﴾ من العارية ﴿ بالانتفاع ﴾ فلا يضمنه المستعير ولو استهلك الكل أو ضمن لم يصح التضمين لأنه مأذون بالاستعمال .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثانى ﴾ أنه ﴿ يصح ﴾ لمن أعار عيناً ﴿ الرجوع فيها ﴾ متى شاء وله أجرة المثل من يوم الرجوع وللمستعير إتمام عمله ولا يصير غاصباً كالزرع ﴿ مطلقا ﴾ أى سواء كانت مطلقة أو مؤقتة . ﴿ و ﴾ يجب ﴿ على الراجع فى ﴾ العارية ﴿ المطلقة والمؤقتة قبل انقضاء الوقت للمستعير فى الغرس والبناء ونحوها ﴾ كوضع الفص فى الخاتم والجذع فى وسط الجدار ونحو ذلك ﴿ الخياران ﴾ وهما إن شاء طلب من المعير قيمة البناء والغرس قائماً ليس له حق البقاء وإن شاء قلع بناءه وغرسه ولا

يلزمه تسوية الأرض اللهم إلا أن يشترط المعير القلع عن رجوعه فلا خيار للمستعير.

﴿ فرع ﴾ قال فى المعيار : ومن أعار أرضاً للزرع أو الغرس فحرث وسقى ثم رجع المعير لزمته قيمة تلك الصفة لاستهلاكها على المستعير حيث لا يمكن فصلها .

﴿ فرع آخر ﴾ قال فى البحر ولها بيع الأرض والغرس معًا إذ هما مالكان فالثمن على قدر القيمة فتقوم الأرض مغروسة وغير مغروسة فما بينهما فهو قيمة الغرس فيسقط الثمن على قدر القيمة .

﴿ و ﴾ أما إذا استعار الأرض للزرع فرجع المعير قبل انقضاء الوقت وَجَبَ المستعير ﴿ فى الزرع ﴾ والثمر ﴿ الثلاثة ﴾ الخيارات فالأولان هما الخياران المذكوران فى الغرس والبناء والثالث أن يبقى الزرع إلى أن يحصد والثمر إلى أن ينضج بالأجرة لصاحب الأرض وإنما تلزم المستعير الأجرة لبقاء الزرع والثمر إن لم يقصر فى إلقاء البذر ونحوه فحينئذ يستحق البقاء بأجرة المثل إلى حصاد الزرع ونضاج الثمر و ﴿ إن قصّر ﴾ خير المالك بين أن يأمره بالقلع أو يضرب عليه من الأجرة ما شاء .

﴿ وحاصل المسئلة ﴾ أن نقول لايخلو إما أن يكون من المستعير تقصير أو لا فإن لم يكن فللمستعير الخيارات الثلاثة من غير فرق فيما بعد انقضاء المدة فى المؤقتة أو انقضاء الوقت المعتاد فى المطلقة أو قبله ، وإن كان من المستعير تقصير فله الخيارات الثلاثة لما قبل انقضاء المدة المذكورة أعنى فى المطلقة والمؤقتة وأما بعد الانقضاء فلا خيار له بل يأمره المعير بالقلع أو يضرب عليه من الأجرة ماشاء وبهذا التفصيل يرتفع الإشكال فى هذه المسئلة .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثالث ﴾ أن العارية ﴿ تؤبد بعد الدفن ﴾[1] للميت ﴿ و ﴾ بعد

---

(١) وللمعير الرجوع قبل أن يهال عليه التراب ولو قد وضع فى قبره ولا يلزمه مؤنة الحفر وله أجرة المثل من يوم الرجوع حتى يندرس أو يجتاحه السيل وإذا أخرج الميت أثم ولا حق للميت ولا يلزم المستعير تسوية الأرض إذا رجع المعير قبل الدفن ولم يدفن فيه اه .

إلقاء ﴿ البذر ﴾ فى الأرض : أما التأبيد ﴿ للقبر ﴾ فهو ﴿ حتى يندرس ﴾ اندراسًا تزول معــه أجزاء الميت أو يصير تراباً فيجوز الدفن لا الزرع ، ﴿ و ﴾ أما التأبيده ﴿ للزرع ﴾ فهو ﴿ حتى يحصد ﴾ وفى الثمار حتى تنضج وإنما تؤبد بعــد إلقاء البذر ﴿ إن لم يقصر ﴾ كما مرّ وتلزم أجرة المثل من يوم الرجوع .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الرابع ﴾ أن العارية ﴿ تبطل بموت ﴾ أيهما إما ﴿ المستعير ﴾ أو المعير فى العارية المطلقة لا المؤقتة وبجنون أحدهما أو ردته مع اللحوق ولا يستحق ورثة المستعير من الإباحة شيئا مما كان لمورثهم ، وأما الخيار الذى كان لمورثهم فى الغرس والبناء فيثبت لهم .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الخامس ﴾ أن عارية الحيوان ﴿ تصير ﴾ بجرى العرف أو ﴿ بشرط النفقة عليه ﴾ أى على المستعير للدابة مثلاً ﴿ إجارة ﴾ صحيحة إن كان العلف قدراً معلومًا والمدة معلومة مع لفظ الإجارة فى غير المحقر وإلا فإجارة فاسدة .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم السادس ﴾ أن ﴿ مؤقتها ﴾ يصير ﴿ بموت المالك قبل انقضاء الوقت وصية ﴾ من يوم مرضه المخوف تنفذ من الثلث فلا يصح من ورثة المعير الرجوع قبل انقضاء الوقت وليس للمستعير أن يعيرها إذ هى باقية عارية على بابها وتبطل بموته.

﴿ و ﴾ إذا اختلف المعير والمستعير كان ﴿ القول للمستعير ﴾ فى سبعة أشياء :

﴿ الأول ﴾ ﴿ فى قيمة ﴾ العارية ﴿ المضمونة ﴾ بالتضمين أو بالتعدى بعد تلفها.

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ فى ﴿ قدر المدة ﴾ المضروبة للعارية .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ فى قدر ﴿ المسافة ﴾ التى وقعت العارية إليها، وإنما يقبل قول المستعير فى قدر المدة والمسافة ﴿ بعــد مضيهما ﴾ فإن كان اختلافهما قبــل مضيهما فالقول قول المعير فيما بقى من المدة دون الماضى لأن إنكاره بمنزلة الرجوع عن العارية وهى تبطل برجوعه .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ فى رد غير المضمونة ﴾[١] وتلفها .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ إذا كانت العارية مضمونة بالتعدى فالقول قول المستعير فى ﴿ عينها ﴾ وقيمتها .

﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ إذا كانت العين غير مضمونة فالقول للمستعير فى ﴿ تلفها ﴾ لأنه أمين فإن كانت مضمنة فالبيّنة عليه .

﴿ و ﴾ ﴿ السابع ﴾ فى ﴿ أنها إعارة لا إجارة ﴾ والبينة على المالك أنها إجارة هذا إذا لم يكن للمالك عادة بإجارة هذه العين أو استوت عادته فيهما معًا لأن الأصل فى المنافع عدم الإعواض عند الهدوية وهو المختار فإن كان عادته تأجيرها أكثر من إعارتها كانت إجارة لا إعارة فيلزم له أجرة المثل إن لم يبين على قدر الأجرة فى الصحيحة أو كانت الإجارة فاسدة والله أعلم .

(١) الأولى أن يقال : « وفى رد غير المضمونة وتلفها وفى عين المضمونة بالتعدى » إذ هو كالغاصب فيقبل فى العين والقيمة اهـ حاشية السحولى .

﴿٢٨٩﴾ كتاب الهبة

هى شاملة للصدقة والهدية . وهى التمليك فى الحياة بلا عوض ، فإن ملك محتاجاً أولثواب الآخرة فصدقة، وإن نقله إلى مكان الموهوب له إكرامًا له فهدية فكل من الصدقة والهدية هبة.ولا عكس وغيرهما اقتصر فيه على اسم الهبة وانصرف الاسم عند الاطلاق إليه .

﴿فصل﴾

والهبة ﴿ شروطها ﴾ لصحتها أربعة :

﴿ الأول ﴾ ﴿ الإيجاب والقبول ﴾ وتصح بالكتابة والرسالة ،فالإيجاب قول الواهب وهبتك أو أعطيتك أو ملكتك كذا أو دفعت أو جعلت أو خذه لك أو ماجرى به العرف فى ذلك ، فإن قال هو لك فإن تصادقا على أنه أراد الهبة صحت الهبة، وإن اختلفا هل أراد الهبة أو الإقرار فالقول للمالك لأنه يصح الرجوع فى الهبة لا فى الإقرار ، والقبول هو قول المتهب قبلت ولو كانت الهبة ديناً فلا بد من القبول ﴿ أو ما فى حكمه ﴾ وهو تقدم طلبها نحو أن يقول هَبْ لى أرضك أو قد وهبت منى فرسك فيقول المالك وهبت أو فعلت أو نعم . ولا يحتاج المتهب قبولا بعد تقدم الطلب .

﴿ فرع ﴾ فإن قبل نصف الموهوب أو واحداً من اثنين فلا تصح الهبة لأن القبول غير مطابق ولا بد أن يقع الإيجاب والقبول ﴿ فى المجلس ﴾ الذى وقع فيه الإيجاب ﴿ قبل الإعراض ﴾ من قيام أو قعود أو نحوهما مما يقتضيه الحال أنه إعراض فإذا وقع القبول بعد الإعراض لم تنعقد الهبة وإن وقع القبول قبل الإعراض انعقدت الهبة وإن تراخى القبول عن الإيجاب فى مجلسه .

﴿ و ﴾ عقد الهبة يصح أن يكون موقوفاً من الطرفين أو من أحدهما كسائر العقود ﴿ وتلحقها الإجازة ﴾[١] من الطرفين ، مثاله أن يهب فضولى مع الإضافة لفظاً أو نية لغيره مال غيره ويقبل فضولى لذلك الغير فإن الإيجاب والقبول يكونان موقوفين على إجازة المالك للإيجاب والمتهب للقبول ومن أحدهما ظاهر ﴿وإن تراخى﴾ لحوق الإجازة عن العقد بمدة صح مالم يرد والفوائد لمن استقر له الملك . قال فى الغيث: ويصح أن يتولى طرفيها واحد إذا كانت بغير عوض وإن كانت على عوض لم يصح».

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثانى ﴾ ﴿ تكليف الواهب ﴾ فلو كان مجنوناً أو صبياً مأذوناً أو غير مأذون لم تصح هبته لأن الاذن لا يتناول التبرعات إذا لم يجربها عرف ولا يصح من السكران إلا أن يميز .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثالث ﴾ ﴿ كون الموهوب مما يصح بيعه ﴾ إلى من وهب له[٢] ﴿ مطلقا ﴾ فكل ماصح بيعه على الإطلاق صح هبته ﴿ وإلا ﴾ يصح بيعه على الإطلاق كالحر من المسلم بل فى حال دون حال كالوقف والهدى والمدبر ﴿ فلا ﴾ تصح هبته ﴿ إلا ﴾ أربعة أشياء فإنه يجوز هبتها ولا يجوز بيعها فى حال :

﴿ الأول ﴾ ﴿ الكلب ونحوه ﴾ كل نجس فإنه لا يصح بيعهما عندنا وتصح هبتهما .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ ﴿ لحم الأضحية ﴾ عند من يرى وجوبها مذهباً له أو يوجبها على نفسه فلا يجوز بيعه وتجوز هبته .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ الحق ﴾ كالمراعى وحق المسيل والمرور وحق الشفعة ما لم تكن عقداً نحو وهبتك الشفعة على أن تدخل الدار فإنه يصح هبتها ولا يصح بيعها والمراد حيث وهب الحق من استطراق ومسيل وشفعة ونحوها ممن هى عليه فإنه

(١) مع بقاء المتعاقدين والعقد والمعقود له وعنه اه .

(٢) فتخرج هبة المصحف من الذمى وصيد البر من المحرم والخمر من المسلم ونحو ذلك اه .

يصح ويكون إسقاطاً فلا يصح الرجوع عنــه ولا يفتقر إلى القبول ، وأما هبته لغير من هو عليه كأن يهب شخص لآخر حقًا فى أرضه كاستطراق أو مسيل فإنه يكون إباحة كهبة المنافع تفتقر إلى القبول ويرجع عنها متى شاء .

﴿ فرع ﴾ فلو وهب الدين لغير من هو عليه ثم قبضه الموهوب ممن هو عليــه جاز له التصرف فيــه مع الإذن له بقبضه لأنه قد أباحه له . فأما فى هبة الأعيان إذا كانت فاسدة وقبضها المتهب بإذن الواهب فإنها تــكون إباحة له الرجوع عنها متى شاء .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ كون الموهوب ﴿ مصاحب ما لا تصح هبته ﴾ فلو وهب شاة مسلوخة وميتة أو خلاً وخمراً أو ما أشبه ذلك فى عقــد واحد صحت الهبة فى المسلوخة والخل دون الميتة والخمر ولو باع الخل والخمر معًا لم يصح حيث لم تتميز الأثمان والفرق بينهما أن حصة الخل من الثمن تــكون مجهولة والهبة ليس فيها عوض فلو كانت على عوض مشروط كانت كالبيع . نعم ﴿ فتصح ﴾ هبة هذه الأشياء المستثناة دون بيعها .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الرابع ﴾ من شروط صحة الهبة ﴿ تمييزه ﴾ أى تمييز الموهوب إذا كان عينا[1] ﴿ بما يميزه للبيع ﴾ من حد أو وصف أو لقب أو إشارة وأن يكون معلوم الجنس والقدر جملة أو تفصيلاً للواهب والموهوب له فإن جهلا أو الواهب لم يصح وإن جهل الموهوب له صح كما تقدم فى البيع ، فلو عرف بعض الموهوب دون بعضه صحت الهبة فيما عرفاه فقط بخلاف البيع فلا يصح لأن حصته من الثمن مجهولة، وليس من شرط صحة الهبة القبض بل هو شرط فى صحة التصرف ولذا لو وهب حال صحته وإن لم يحصل القبض إلا فى مرضه المخوف كان من رأس المال .

---

(١) وأما الدين فهبته إسقاط لمن هو عليه فيصح ولو كان مجهولا ولا بد فيه من القبول اه .

﴿٢٩٠﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ ويقبل ﴾ إذا وهب ﴿ للصبي ﴾ وكذا المجنون ﴿ وليّه ﴾[1] المتولى لماله ولو من جهة الصلاحية أو فضولى ويجيز الولى أو يجيز الصبي بعد بلوغه ما قبله الفضولى فى المجلس ﴿ أو ﴾ يقبل ﴿ هو ﴾ فإنه يصح قبوله إن كان ﴿ مأذوناً ﴾ له بالتصرف مطلقا وإن لم يكن مأذوناً لم يصح قبوله بل يقبل له ولى ماله . قال فى البيان « ولا حكم لرد الولى[2] لما قبله له الأجنبي وقبله الصبي المميز فإذا أجازه الولى من بعد إجازة الصبي بعد بلوغه صح » ﴿ لا السيد ﴾ فلا يصح أن يقبل ما وهب ﴿ لعبده ﴾ البالغ العاقل فإن كان العبد صبياً أو مجنونا صح أن يقبل له سيده ﴿ ويملك ﴾ السيد ﴿ ما قبله ﴾ العبد ﴿ وإن كره ﴾ السيد قبول العبد وقال له لا تقبل . وكذا لو نذر عليه أو أوصى له .

﴿ فرع ﴾ وتصح الهبة والصدقة للمسجد ونحوه ويقبل له وليه أو غيره ولو هو الواهب .

﴿٢٩١﴾ ﴿ فصل ﴾

فى أحكام الهبة على عوض مشروط أو مضمر أو متواطأ عليه مال أو غرض ﴿ وتصح ﴾ الهبة وكذا النذر ﴿ بعوض ﴾ معلوم أو مجهول من المتهب أو غيره ﴿ مشروط ﴾ أى معقود على ﴿ مال ﴾ أو فى حكمه كالنفقة ﴿ فتكون ﴾ فى هذا الوجه ﴿ بيعاً ﴾ يتبعها حكمه صحةً وفسادا فإذا قال وهبت منك هذه الأرض على هبة هذه

---

(١) (فائدة) تصح الهبة والصدقة للمسجد ونحوه ويقبل له وليه على الصحيح كما فى البيان والحفيظ وشرحه اه .

(٢) أن لا يكون رد الولى لمصلحة للصبي فى الحال أو الاستقبال اعتبر رده اه .

فقال وهبت أو قبلت فحكمها حكم البيع وصحت الشفعة فيهما معاً . فإن قال وهبت منك هذه الأرض على أن تهب لى هذه الأرض فهذا شرط مستقبل يفسد الهبة كما يفسد البيع فتفسد الهبة الأولى . ثم إذا قال الواهب وهبت أو قبلت ولم يصدر من الواهب الأول قبول الهبة الثانيـة بقوله قبلت فالحكم أن للأولى حكم الهبة على عوض مضمر يرجع بها إن تعذر العوض وإن قال الواهب الأول قبلت بعـد قول الموهوب له وهبت صحت الهبة فى الثانية لاشتمالها على إيجاب وقبول وصحت الشفعة . وتحتاج الأولى الى إيجاب وقبول جديدين إذ الإيجاب الأول فاسـد لحصول شرط المستقبل « والحاصـل » لا بد من قبول فى الهبة الثانية ولا بد من إيجاب وقبول فى الأولى .

﴿ مسئلة[1] ﴾ وإذا كان العوض مجهولا كأن ينفق عليـه مدة عمره فيكون كالبيع الفاسد فيملك الموهوب بالقبض بقيمته إذا وقع القبض بإذن الواهب وللمنفق أن يرجع بما أنفق ولـكن من أراد الاحتياط فى تمام ذلك على وجه الصحة فيهب له على عوض معلوم ثم يأمره بإنفاقه عليه فيما يحتاج اليـه ويتذر عليه. بمثل ما يطلبه منه سوى ما احتاج إليه ويبريه مما علم الله أنه يبقى منه بعد موته ويكون من الثلث أو من رأس المال إذا قال واذا علم الله أنه سيبقى بعد موتى شىء زائد على ما أحتاجه إلى الموت فقد أبرأتك ممـا بقى قبل مرض الموت واذا لم يبق منه شىء مما جعل للانفاق فقد التزمت لك بمثل ما أحتاج إليه من النفقة ونحوها الى الموت .

﴿ و ﴾ إن كانت الهبة على عوض مال ﴿ مضمر ﴾ أو متواطأ عليه قبل عقدها ولم يذكر عند العقد كالإهداء بلفظ الهبة وفى نفسه التماس عوض معين أو غير معين من المهدى اليه ﴿ أو ﴾ تكون الهبة معقودة على عوض ﴿ غرض ﴾ مظهر أو مضمر نحو أن تهب المرأة صداقها لزوجها استمالة لقلبه أو استجلاباً لحسن عشرته أو تهب

(١) تستفاد من البيان وحاشيته اهـ .

لأجنبي شيئا ليتزوجها أو يهب هو لامرأة شيئا أو ينفق عليها ليتزوجها فأبت[١] أو يهب لشخص ليشترى منه أو ليبيع منه أو غير ذلك من الاغراض ﴿ فيرجع ﴾ الواهب أو الناذر أو وارثه ﴿لتعذرها﴾ أى لتعذر المال المضمر أو الغرض المقود المظهر أو المضمر أو المتواطأ عليه . ﴿ و ﴾ يشترط أن يكون الرجوع ﴿ فورا ف ﴾ مجلس علمه أو ظنه بتعذر العوض سواء كان ﴿ المضمر ﴾ مالا أم غرضا فإن تراخى فلا رجوع له لا ان كان معقودا عليه فله الرجوع ولو تراخى سواء كانت الهبة باقية أم تالفة فيرجع بقيمتها يوم القبض أو مثلها ان كانت مثلية .

﴿ و ﴾ الموهوب على عوض مضمر ﴿ له حكم الهبة ﴾ من غير عوض لا حكم البيع فلا تصح الشفعة فيه ولارده بعيب ولا رؤية ولا غيرهما من الخيارات ولا يرجع على الواهب بالمثل ولا القيمة عند الاستحقاق وإنما يرجع بالعوض ان كان باقيا وبمثله أو قيمته ان كان تالفا بشرط أن يسلم الموهوب بالبينة مع الحكم أو الإذن أو علم الحاكم والموهوب مهما كان على هذه الصورة ﴿لا﴾ يثبت له شيء من أحكام ﴿البيع﴾ التى تقدمت ﴿ الا فى ﴾ ثلاثة أحكام :

﴿ الأول ﴾ تحريم مقتضى ﴿ الربا ﴾ فلو وهبه عشر أواق ذهبا مظهرا أنه وهبه لله تعالى وفى ضميره أن يعوض ذهبا أكثر من ذلك الذهب لم تصح الهبة فى الكل .

﴿ والحكم الثانى ﴾ عدم صحة التصرف فى الموهوب على عوض مضمر إلا بعد القبض .

﴿ والحكم الثالث ﴾ الرجوع على الواهب بما غرّم الموهوب له فى العين من بناء وغيره كما يأتى فى الغصب لبطلان احسان الواهب بالتغرير المؤدى إلى التغريم .

---

(١) أو ماتت قبل التزويج رجع عليها وكذا لو كان الاختلاف من الولى فله الرجوع عليها فأما لو كان الاختلاف من الخاطب فلا رجوع اه .

﴿ وما وهب لله ﴾ تعالى ﴿ ولعوض ﴾ ولو غرضا ﴿ فللعوض ﴾ فلو قال وهبتك هذا لله تعالى ولعوض كذا كانت للعوض. وصورة قبول الهبة حيث تكون لله تعالى وللعوض بأن يقول قبلت ويسكت أو قبلت لله تعالى وللعوض أو قبلت للعوض فإن قال قبلت لله تعالى لم يصح لان الواهب لم يرض بخروج الشيء عن ملكه الا بعوض. فلو ابتدأ المتهب بالسؤال فقال هب لى هذا لله تعالى ولعوض كذا فقال الواهب وهبت لله تعالى لم يصح لعدم المطابقة الا أن يقبل الموهوب له بعد الإيجاب المتأخر وكذا لو قال وهبت فقط أو وهبت للعوض او لله وللعوض صحت الهبة اذا قال السائل بعد ذلك قبلت فإن لم يقبل لم يصح لأنه لا بد من لفظين ماضيين حيث كان العوض مالا لا غرضًا لأنه هناك كالبيع .

﴿ وليس على الراجع ﴾ عن الهبة غرامة ﴿ ما أنفقه المتهب ﴾ على العين الموهوبة سواء كان للبقاء كنفقة العبد وعلف الدابة أو للنماء كعمارة الأرض بالحرث ونحوه لأنه فى حال انفاقه منفق على ما هو ملك له فلا يرجع به على أحد إلا زيادة المعانى كتعليم القراءة والكتابة والصناعة أو حصد الزرع وجذ الثمر فيرجع بها على الأصح .

﴿٢٩٢﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان الهبة على غير عوض وحكم صحة الرجوع فيها وما يتفرع على ذلك ﴿و﴾ إذا وقعت الهبة ﴿بلا عوض﴾ معقود ولا مضمر ﴿فيصح﴾ مع الكراهة ﴿الرجوع﴾ فيها بشروط ستة :

﴿ الأول ﴾ أن يقع الرجوع ﴿ مع بقائهما ﴾ أى بقاء الواهب والمتهب المالكين. فلوماتا أو أحدهما لم يصح الرجوع فيها . فلو وهب لاثنين ثم مات أحدهما صح الرجوع فى حق الحى .

﴿ والثانى ﴾ أن يقع الرجوع ﴿فى عين﴾ لا دين فلو كان الموهوب دينا لم يصح

الرجوع لأن هبته إسقاط ولا بد من القبول إلا أن تكون هبة الدين بعوض ولم يحصل فله الرجوع .

﴿ والثالث ﴾ أن يقع الرجوع والعين الموهوبة باقية ﴿ لم تستهلك حساً أو حكماً ﴾ فلو كانت قد استهلكت حسا كالاتلاف أو حكما كالبيع والهبة ولو رجع إلى ملكه(١) وغيرهما من سائر الاستهلاكات المقدم ذكرها فى البيع الفاسد(٢) لم يصح الرجوع « لا بمجرد نقص » كالذبح وقطع الشجرة وتقطيع الثوب والهزال فإنه يصح الرجوع ولا يمنعه وإن كان استهلاكا فى البيع فهو هنا مجرد نقص مالم يفصل الشجر بعد القطع أو يقطع اللحم فلا رجوع ، ومن الاستهلاك الخلط ولو بمثله كالنقدين بحيث لا يتميز فإن تميز وجب التمييز على المتهب بما لا يجحف .

﴿ مسئلة ﴾ أما الإباحة فإن كانت بعوض فهى كالهبة يمنع الرجوع فيها الاستهلاك الحكمى وإن كانت بلا عوض فلا يمنع الرجوع فيها إلا الاستهلاك الحسى .

﴿ فرع ﴾ وأحكام الإباحة أينما وردت أنها تصح فى المجهول ويصح وقوفها على الشرط ويصح الرجوع عنها وتبطل بموت المباح له أو المبيح إذا كانت مطلقة فإن كانت مؤقتة أو مؤبدة لم تبطل بل تكون بعد موته وصية من ثلث ماله .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الرابع ﴾ أن ﴿ لا ﴾ تكون العين قد ﴿ زادت ﴾ فى يد المتهب زيادة ﴿ متصلة ﴾ كنمو الزرع أو الشجر أو كبر الحيوان أو سمن ولو نقص من بعد فإنه يمنع من الرجوع لأنه لا يمكن التمييز بين الزائد والمزيد ولا أن الناقص هو تلك الزيادة فإن كانت الزيادة فى بعض دون بعض صح الرجوع فى الذى لم يزد . وأما الزيادة المنفصلة كالولد والصوف والثمار ونحوها فإنها لا تمنع الرجوع وهى للمتهب وتبقى للصلاح بلا أجرة فإن كانت الزيادة كالشجر فى الأرض فلا يمنع الرجوع

---

(١) إلا أن يرد بعيب أو شرط أو رؤية أو فساد بالحكم صح الرجوع اهـ

(٢) فى أثناء فصل (٢٢٠) المجموعة فى بيتى شعر اهـ .

فى الأصل وكذا زيادة المعانى فى الأصل لا تمنع الرجوع كالبرء من المرض أو من العمى أو من الجراح وكالصنعة وتعليم القراءة وحرث الأرض وزيادة السعر .

﴿ فرع ﴾ وإذا جنى الواهب على الموهوب عمداً كان رجوعا ويكون الأرش للموهب له بالغا ما بلغ .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الخامس ﴾ أن ﴿ لا ﴾ تكون الهبة ﴿ وُهِبَتْ لله ﴾ تعالى لفظا أو نية ولو لفاسق لا لأجل فسقه فأما لو كان على وجه القربة نحو أن يقول وهبتك هذا لله تعالى ويقبل لم يصح الرجوع فيها وسواء كانت لذى رحم أم لأجنبى

﴿ والشرط السادس ﴾ قوله ﴿ أو لذى رحم محرم ﴾ نسبا[1] ولو كافراً أو فاسقا كالآباء وإن علوا والأبناء وإن سفلوا ﴿ أو ﴾ من ﴿ يليه بدرجة ﴾ كابن العم والعمة وابنى الخال والخالة . فإذا كانت الهبة بغير عوض لذى رحم محرم أو من يليه بدرجة لم يصح الرجوع فيها سواء كانت لله أم لا إلا أن يريد العوض ولم يحصل فله الرجوع ﴿ إلا الأب[2] ﴾ ولو فاسقا أو كافراً فله الرجوع ﴿ فى هبة طفله ﴾ مهما لم يحصل أحد الموانع التى تقدمت آنفا أما لو لم يكن طفلا بل كان بالغا ولو مجنونا أصليا أم طارئا لم يصح للأب الرجوع فيما وهب له ، فلو وهب له فى صغره وأراد الرجوع بعد البلوغ لم يصح ذلك ﴿ وفى ﴾ صحة رجوع ﴿ الأم ﴾ فيما وهبته لولدها الصغير ﴿ خلاف ﴾ بين العلماء : المختار أنه لا يثبت لها الرجوع فيما وهبته لولدها الصغير ، وإنما هو مخصوص بالأب .

وإذا قال الموهوب له للواهب رددت لك هبتك صح ﴿ وردها ﴾ بهذا اللفظ بعد نفوذها ﴿ فسخ ﴾ لعقدها لا تمليك جديد للواهب . قال فى شرح الفتح « فلا تلحقه الإجازة ويصح قبوله فى غير المجلس ولا يصح الرجوع فيه قبل قبوله ويصح فى المجهول

(١) لا رضاعا اه .

(٢) وليس الجد كالأب فلا يصح رجوعه اه شرح أثمار .

ويصح تعليقه بالشرط » هذا حيث لاعرف فى لفظ الرد فإن كان فى العرف أنه تمليك فتنعكس تلك الأحكام وهى اشتراط القبول فى المجلس ولحوق الإجازة وصحة الرجوع عن الإيجاب قبل القبول وعدم صحته فى المجهول وتبطله الشروط المستقبلة .

﴿ وحاصل الكلام فى الرد ﴾ أن تقول إما أن يصدر لفظ الرد ابتداء ولم يتقدمه عقد بيع أو هبة أو نحوهما كان بحسب العرف ففى عرفنا أنه تمليك فتلحقه أحكام التمليك وهو المختار وإن كان العرف أنه إباحة كان إباحة وإن كان لا عرف بشىء فالعين باقية على ملك صاحبها يلزم ردها ولا يجوز الانتفاع بها إلا بإذنه ، وإن وقع لفظ الرد بعد عقد فى العين المردودة فإن كان ذلك العقد لا يصح فسخه بالتراضى بدون سبب كعقد النكاح فإذا قال الرجل لامرأته رددتك وليس هناك مايوجب الفسخ فلا حكم لرده وتبقى زوجة له ، وإن كان العقد ممايصح فسخه بالتراضى بين المتعاقدين بدون سبب للفسخ كالبيع والهبة والإجارة وغيرها من سائر العقود أو كان بسبب كالخيارات فيكفى فى الفسخ العلم لا الرضى فالرد بدون سبب بعد أى عقد صحيح يكون بحسب العرف فإن جرى أنه تمليك كان تمليكا وإن جرى العرف أنه فسخ لعقده المتقدم كان فسخاً كما هو عرفنا . ومن ذلك إذا قالت المرأة لبعلها رددت إليك مهرى وقصدها لا أريده وأريد بدله فإذا قبله لزم بقبوله رد مثله إذا كان مثليا وقيمته يوم العقد إن كان قيمياً لأن المهر ممايدخله الفسخ إلا أن تقصد بالرد تمليكه كان تمليكا تلحقه أحكام التمليك المتقدمة .

﴿و﴾ ﴿اعلم﴾ أن الهبة ﴿ تنفذ من جميع المال ﴾ إذا وقعت ﴿فى﴾ حال ﴿الصحة﴾ أو المرض المخوف ولم يمت منه ﴿ وإلا ﴾ تكن الهبة كذلك بل كانت فى حال المرض المخوف ومات منه ﴿ فمن الثلث ﴾ ويشاركها ما هو فيه ، وسيأتى تفصيل الأمراض وبيان المخوف منها وغير المخوف وماينفذ من الثلث وماينفذ من رأس المال فى الوصايا[1]

(١) أوائل فصل ٤٤٣ فى شرح قوله (من ذى مرض مخوف) اهـ .

﴿ فرع ﴾ فلو وهب جميع ماله لإنسان ثم وهب ذلك لثان ثم لثالث فإن كانت الهبة مما لا يصح الرجوع فيها فقد استقرت الهبة للأول وإن كانت مما يصح الرجوع فيها كان المال للثالث وهو المختار .

﴿ مسئلة ﴾ إذا جعل المريض لزوجته شيئا من ماله عن مهرها وميراثها منه وقبلت فإن أراد تنفيذه فى الحال لم يصح فى الميراث لعدم استحقاقها له إلا بعد الموت ويفسد فى المهر لجهالة قدره وذلك المجهول إن أراد المريض أنه وصية لبعد الموت لم تسقط حصتها من الميراث وصح فى المهر بحصته . ومن أراد الثبات والاحتياط فليقل صالحتك بهذه الدار أو الأرض عما يجب لك من المهر والميراث وتقول الزوجة قبلت وأجزت وكلما رجعتُ عن هذه الإجازة فقد أجزت .

﴿ ويلغو ﴾ فى الهبة ﴿شرط[1]﴾ المراد عقد ذكر فيه ما ﴿ ليس بمال ولا غرض ﴾ يحصل من المتهب كوهبتك بشرط أن تحرك أصبعك فإن الشرط يلغو وتصح الهبة ﴿ وإن خالف ﴾ ذلك الشرط المذكور فى عقد الهبة ﴿ موجبها ﴾ يعنى موجب الهبة نحو أن لا تتصرف فيه ببيع ولا هبة أو نحوها أو على أن تعود الهبة إلى الواهب بعد موت المتهب أو وهبت شيئا من الأعيان لمدة مؤقتة كشهر أو سنة صحت الهبة ولغا الشرط .

﴿ والبيع ونحوه ﴾ من التصرفات فى الموهوب وكذا الجناية عليه عمداً ﴿ ولو بعد التسليم ﴾ إلى المتهب ﴿ رجوع ﴾ عن الهبة ﴿ وعقد ﴾ للبيع والهبة ونحوهما ولا يحتاج إلى حكم حاكم مع الرضى اتفق مذهبهما أم اختلف. هذا حيث كان للواهب الرجوع، فإن كان لا يصح له الرجوع لم ينفذ البيع ولا الهبة الأخرى .

﴿ فرع ﴾ إذا وهب رجل أرضا لرجل ثم بيعت أرض بجنبها فشفع بها الواهب

---

(١) أما الشرط فيفسدها اه .

كانت شفعته بها رجوعاً فى هبتها ولا تصح شفعته على الاصح لأن الرجوع فى الهبة ملك جديد من حينه .

﴿٢٩٣﴾ ﴿فصل﴾

فى أحكام الصدقة : ﴿ والصدقة ﴾ فى الحكم ﴿ كالهبة ﴾ فيما مر من أحكامها ﴿ إلا ﴾ فى ثلاثة أحكام فإن الصدقة تخالف الهبة فيها :

﴿ الأول ﴾ ﴿ فى نيابة القبض[١] ﴾ فى المجلس قبل الإعراض ﴿ عن القبول ﴾ فالقبول أو القبض فى الصدقة كان بخلاف الهبة فلا يكفى القبض فيها فى الأصح . فإذا قال خذ هذا لك صدقة فقبضه ملكه وإن لم يقل قبلته[٢] ، ويغنى الاقباض عن الإيجاب مع تقدم السؤال كأن يقول تصدق على بكذا فأعطاه كفى ذلك ، بخلاف الهبة لو قال وهبت لك هذا فقبضه لم يملكه بمجرد القبض بل لابد من القبول باللفظ .

﴿ فرع ﴾ فلو جمع بين لفظى الهبة والصدقة وحصل القبول فى المجلس عمل باللفظين معاً فيعمل بالهبة فى نصف وفى الصدقة فى نصف ولكل حكمه .

﴿ واعلم ﴾ أن للمتصدق أن يرجع عن الصدقة قبل أن يقبل المتصدق عليه ذلك كما أن له الرجوع فى الهبة قبل القبول ، ويغنى أيضا القبول فى الصدقة عن القبض إذا قال تصدقت عليك بكذا فقال قبلت كفى عن القبض لكن ليس له التصرف إلا بعد القبض ، ومن هذا القبيل ما ذكره فى المعيار : « إذا كان المتصدق عليه غائبا فقبل الصدقة فضولى وقبضها فضولى آخر عن المتصدق عليه فأيهما أجاز صح لكن حيث أجاز القبض ثبت له التصرف فى الحال لا إن أجاز القبول حتى يجيز القبض فإن كان القابض والقابل واحداً فالحكم للمتقدم منهما لأنه الذى حصل به الانعقاد فإن

---

(١) أما التخلية فلا تكفى هنا بل لا بد من القبض المحقق أو القبول باللفظ اه .

(٢) وكذا الزكاة .

رد انفسخ العقد وإن أجازهما نفذ وصح التصرف فى الحال وكذا إن أجاز الأول فقط وكان هو القبض . وأما إذا كان الأول هو القبول فيصح ولكن ليس له التصرف حتى يقبض .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثانى ﴾ ﴿ عدم اقتضاء الثواب ﴾ ممن تصدق عليه وهو العوض فلو ادعى المتصدق أنه أراد العوض فلا يقبل قول المتصدق فى العوض، أما لو صرح به نحو أن يقول تصدقت عليك بهذا بكذا أو على كذا كان الحكم للعوض ولغى معنى الصدقة كوهبت لله وللعوض كما مر هذا إذا لم يحصل ظن أنه أراد العوض أو أنه لم يرد الثواب أما إذا حصل ظن أنه يقتضى العوض عمل به والعوض يكون مثل المثلى وقيمة القيمى إن حصل بينهما تشاجر ، وإن لم يحصل عوضت بحسب العرف من قليل أو كثير .

﴿ نعم ﴾ ومراد الإمام عليه السلام أن الصدقة تخالف الهبة فى هذا الحكم ، والصحيح أن الصدقة والهبة فى ذلك على سواء فى عدم اقتضاء العوض لو ادعى الواهب ذلك لم يقبل قوله إلا ببينة على إقرار الموهوب له ﴿ وهنا قاعدة[1] ﴾ « وهو كلما صح من التصرفات أن يجعل بعوض وبغير عوض لم يقبل قول المتصرف أنه أراده أو ذكروقت التصرف إلا ببينة كالهبة والطلاق والعتاق لا ما لا يقع الا بعوض فالظاهر مع المدعى له ويقبل قوله كالبيع ونحوه » .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثالث ﴾ ﴿ امتناع الرجوع فيها ﴾ يعنى فى الصدقة سواء كانت لذى رحم أم لا إذا وقع الرجوع بعد القبول أو القبض لا قبله فله ذلك بخلاف الهبة فله الرجوع كما تقدم مطلقا ولو بعد القبض لأن الصدقة مقتضية للثواب من الله سبحانه فأشبهت الهبة إذا كانت لذى رحم وهذا فى التحقيق لا يختص بالصدقة بل

(١) نقلا عن مجموع شرح المفتى .

سائر العقود كذلك إذا وقع الرجوع من الموجب قبل قبول الآخر بطل العقد .

﴿ ويكره ﴾ تنزيها ﴿ مخالفة التوريث فيهما[1] ﴾ أى فى الهبة والصدقة ونحوهما من نذر ووقف ووصية لأنه يؤدى إلى إيغار صدور الورثة ولما فيه من الحيف عن سنن العدل وصريح الأحاديث القاضية بالعدل والتسوية بين الأولاد فى النحل والعطية . وقوله ﴿ غالبا ﴾ يحترز الإمام عليه السلام من أن يفضل المورث أحد الورثة لبرّه أو لكثرة عائلته أو لضعفه كالأعمى والمقعد ونحوهما أو لفضله فإن ذلك غير مكروه إلى قدر الثلث ﴿ والجَهاز ﴾ بفتح الجيم الذى يجهز الرجل ابنته أو غيرها بحلية وغيرها ﴿ للمجهز ﴾ أى باق على ملكه فإن أتلفته ضمنته ﴿ إلا لعرف ﴾ يقتضى تمليكه إياها أو يناوله إياها على وجه الهدية .

﴿ واعلم أن المسئلة ﴾ على وجوه ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن يكون ثمة لفظ أو قرينة حال تدل على التمليك كان ملكا لها فاللفظ أن يقول هذا لك وتقبل والقرينة أن يأتى من سفر أو تقول هب لى كذا فسلمه إليها مع لفظ الإيجاب من الأب .

﴿ الثانى ﴾ أن يكون ثمة لفظ أو قرينة تدل على أنه عارية لم يملك فاللفظ أن يقول لها ألبسى هذا حتى أحتاجه والقرينة أن تكون عادته الارتجاع ممن تقدم من بناته أو تقول أعرنى هذا فيسلم إليها ولا يذكر شيئا .

﴿ الوجه الثالث ﴾ أن لا يكون ثمة لفظ ولا قرينة فهذا فيه الخلاف والمختار أن الجهاز باق على ملك المجهز .

﴿ مسئلة ﴾ وأما ما يعتاد الناس من أن الزوج يعطى الزوجة صباح ليلة دخوله

---

(١) ومن اختيارات إمام العصر أيده الله لا هبة ولا وصية لبعض الورثة دون بعض لحديث النعمان بن بشير ولقوله تعالى « غير مضار وصية من الله » الآية فى سورة النساء عدد (١١) إلا إذا أجاز بقية الورثة ما أوصى به مورثهم لبعض الورثة صح ذلك اه .

بها فإن الزوجة تملكه بمجرد القبض من غير إيجاب ولا قبول وإن كان عقاراً على الصحيح كما قرره علماء ذمار للمذهب فإن لم يعطها شيئاً ثبت فى ذمته لها على قدر ماجرى به العرف من مثله لمثلها ويجبر عليه. إذ قد صيّره العرف بعد الدخول واجباشرعا.

﴿والهدية﴾ إنما تكون ﴿فيما ينقل﴾ فقط كالثياب والحيوانات وسائر المنقولات لا فى غير المنقول كالدور والأراضى و ﴿ تملك ﴾ الهدية فيه ﴿ بالقبض ﴾ أو التخلية مع الرضى من المهدى إليه وإن لم يأت صاحبها بلفظ الإهداء فإن اختلفا هل هدية أم هبة فالقول قول المعطى .

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان ويجوز أخذ مابقى من الثمار بعد الجذاذ ومن السنابل بعد الحصاد إذا جرى عرف به ولم يعرف كراهة صاحبه ذكره المؤيد بالله .

﴿ وتعوض ﴾ الهدايا التى تهدى فى العرس وغيره من الولائم والمآتم ﴿حسب العرف﴾ الجارى فيها فإذا جرى العرف بالمكافأة وجبت بحسب العادة والزمان والمكان والشدة والرخاء وغيرها وفى سقوطها بالانتقال أو نحوه وبتضيق القضاء بالطلب وبحصول سبب مع المهدى ولو من غير جنسه وبموت أيهما إلا أن يعرف من قصد المهدى أنه لا يريد العوض أو عرف رضا ورثة المهدى البالغين .

﴿ فرع ﴾ قال فى الغيث : فإن لم يعلم المهدى إليه كم الهدية أو الهبة أو كان عالماً ولكن نسى وجب الأخذ بغالب الظن ثم يستحل من الزيادة من المهدى لأجل الاحتياط .

﴿ وتحرم ﴾ الهدية والهبة والصدقات والنذر وسائر التمليكات حيث وقعت ﴿ مقابلة لواجب أو محظور مشروط أو مضمر كما مرّ ﴾ تفصيل ذلك فى الإجارة وغيرها من المضمرات . فإذا أهدى له ليحكم له أو يشهد له أو ليفتيه أو ليعلمه واجباً أو ليفعل محظوراً أو ليمنعه حرم ذلك .

« نعم » فينبغى لكل ذى ولاية أن ينزه نفسه عن الرشوة ويصون عرضه عن

التهمة من قبول الهدية والنذر والضيافة وسائر الشبهات فإن النفس طموح جُبلت على حب من أحسن إليها . قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم « لا يبلغ العبد أن يكون من المتقين حتى يدع ما لا بأس به حذراً مما به بأس » رواه الترمذي وفي حديث آخر قال النبي صلى الله عليه وآله وسلم « الاثم ما حاك في النفس وتردد في الصدر وإن أفتاك الناس وأفتوك » رواه احمد والدارمي ، وقال صلى الله عليه وآله وسلم « أخذ الأمير » أي الإمام ونوابه « الهدية سحت » أي حرام « وقبول القاضي الرشوة » ليحكم بغير الحق أو ليمتنع من الحكم بالحق « كفرٌ » محمول على المستحل أو للزجر والتنفير رواه احمد في كتاب الزهد عن علي أمير المؤمنين رضي الله عنه ، هذا ومن كانت العفة حليفته دلّ على أن صاحبها يحمل نفساً زكيةً توّاقة للفضيلة بعيدة عن الرذيلة فيعيش بها نقيّ العرض سعيداً مشكوراً وفقني الله وإياك إلى معالي الأمور وجنّبنا ما يدعو إلى سخطه أو الثبور وغضبه بحوله وطوله .

﴿ فرع ﴾ وما يعطى أهل الولايات من الأرفاد في ولاءهم فإن كانت عادتهم المجازاة عليه حلت لهم وإلا فهو رشوة : حكاه في البيان عن المنصور بالله . قال في الوابل « وأما ما يعطى للشعراء فإن كان العطاء خوفاً من أذاهم وهتكهم للعرض لم يطب لهم وإن كان لغير ذلك فلا بأس » .

﴿ ولا تصح هبة عين لميت ﴾ وكذا سائر التمليكات لأنه مما لا يتملك إلا أن يقصد إحياء مكانه أو مشهده بالعلم والصدقة فيصح ، وقول الإمام « هبة عين » يحترز من هبة الدين للميت فيصح لأنه بمعنى الإسقاط ولا يحتاج إلى قبول الوصي ﴿ إلا ﴾ أن هبة الأعيان للميت إذا كانت ﴿ إلى الوصي ﴾ ونحوه فيقبل ويقبض ﴿ لكفن ﴾ الميت وتجهيزه ومواراته ﴿ أو ﴾ لقضاء ﴿ دين ﴾ عليه فإنها تصح كما يصح أن يقبض الوصي للميت من الزكاة لقضاء دينه إذا كان مستحقاً أو لكفنه ولو كان هاشمياً .

﴿ و ﴾ إذا اختلف الواهب والمتهب كان ﴿ القول للمتهب ﴾ أو وارثه ﴿ في ﴾ أمور

« منها » : ﴿ نفى الفساد ﴾ بدعوى الواهب الصغر أو الجنون بعد أن صار فى الحال بالغاً عاقلاً ، أو الإكراه أو التمليق بشرط مفسد أو نحو ذلك إذ الأصل الصحة ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من أن يدعى أنه وهب وهو غير عاقل والمعروف أو الغالب من حاله الجنون فالقول قول الواهب هنا فإن كان الغالب العقل أو استوى أو التبس فالأصل الصحة فى الأصح وهكذا حكم سائر العقود ويكون القول قول مدعى الجنون إذا كان أصلا أو غالبا . ﴿ و ﴾ « منها » أن القول للمتهب فى نفى ﴿ شرط العوض ﴾ لو ادعى الواهب أنه شرط فى الهبة انها على عوض وأنكر المتهب ، فالقول قوله سواء كانت العين باقية أم تالفة أم حصل بها أحد الموانع . ﴿ و ﴾ « منها » أن القول قول المتهب فى نفى ﴿ إرادته ﴾ يعنى العوض ﴿ فى ﴾ الموهوب بدون فرق بين ﴿ التالف ﴾ والباقى وقوله « فى التالف » قيد فى الرجوع لا فى شرط العوض وإرادته وتكون يمين المتهب على نفى العلم بالإرادة والبينة على الواهب على إقرار المتهب أنه أراد العوض أو على قرينة حال تقتضى إرادة العوض . قال فى البيان: « وهذا حيث أقر بالهبة وادعى العوض فإن لم يقر بها بل قال أعطيتك أريد العوض فالقول قوله مع يمينه لأن الظاهر فى الأعيان العوض إلا فيما كان فيه قرينة حال تدل على عدم العوض نحو ما يكون بين الزوجين والصديقين ونحوهما من التسامح فالظاهر عدم العوض » قال فى حاشيته « فى الظاهر وجواز الإقدام لا إذا ادعاه كان القول قوله على أصل الهدوية » « هذا فيما أعطاه الزوج لا بلفظ الهبة فالقول قوله وله الرجوع فى التالف بقيمة القيمى ومثل المثلى » .

﴿ و ﴾ « منها » أن القول قول المتهب ﴿ فى أن الفوائد ﴾ حصلت ﴿ من بعدها ﴾ أى من بعد الهبة لأنه يحكم فى ذلك بأقرب وقت ﴿ إلا لقرينة ﴾ قاضية بأنها من قبل عقد الهبة كأن تكون لا يتأتى حصولها فى ذلك الوقت فالحكم لها ويكون القول قول الواهب بلا بينة ولا يمين ، وإن كانت المدة تحتمل الأمرين كانت الفوائد للمتهب

وتبقى للصلاح بلا أجرة إذا كانت من بذره ، فإن أقام الواهب البينة أنه له ثبت له الرجوع ولا يرجع عليه المتهب بالسقى ونحوه فإن بيّن المتهب أنه قد زاد امتنع الرجوع وبقاه إلى الحصاد بالأجرة لأنه لا غرر من الواهب بخلاف ما إذا كان البذر من المتهب والزرع حدث فى الأرض الموهوبة بعد الهبة فإنه يبقى بلا أجرة لأنه غرّه .

﴿ و ﴾ « منها » أن القول قول المتهب فى ﴿ أنه قبل ﴾ فى المجلس والبينة على الواهب فى نفى القبول للهبة ﴿ إلا أن يقول ﴾ أحد ﴿ الشهود ﴾ ولو امرأة عدلة ﴿ بها ﴾ أى بالهبة ولو على جهة الإخبار ﴿ ما سمعنا ﴾ المتهب قبل فإن القول قول الواهب سواء كان قول الواهب جواباً أو ابتداء ، ومثل هذا يأتى الحكم فى سائر العقود فى بعت منك أو أجزت أو زوّجت ونحوها فلم يقبل ﴿ أو ﴾ يقول ﴿ الواهب وهبت فلم تقبل ﴾ الهبة وكان ﴿ واصلا كلامه ﴾ فى ذلك أى يكون قوله فلم تقبل متصلاً بقوله وهبت منك ويقول المتهب بل قبلت فإن القول هنا قول الواهب ﴿ عند المؤيد ﴾ بالله فلو فصل كلامه كان القول قول المتهب والمختار للمذهب : أن القول قول المتهب مطلقاً سواء كان قول الواهب جواباً أم ابتداءً متصلاً أم منفصلا .

﴿٢٩٤﴾ ﴿ فصل ﴾

فى العُمرى ، والرقبى ، والسكنى . ﴿ و ﴾ اعلم أن ﴿ العمرى والرقبى ﴾ إذا وقعت ألفاظها ﴿ مؤبدةً ﴾ أ ﴿ و مطلقة ﴾ أى لم يذكر التأبيد فهى ﴿ هبة تتبعها أحكامها ﴾ إذا صدرت من عارف لوضعها لذلك كأن يقول : أعمرتُك أو أرقبتك دارى أو دابتى أو أمتى أبداً ونحو التأبيد أن يقول لك كذا أو لورثتك بعدك أو نحو ذلك أو مطلقاً أى لم يذكر التأبيد بل قال أعمرتك أو أرقبتك دارى ...

﴿ و ﴾ أما إذا وقعت ﴿ مقيدة ﴾ بمدة كأعمرتك أو أرقبتك دارى أو أرضى أو دابتى سنةً أو سنتين أو عمرى أو عمرك أو عمر الدابة فهى ﴿ عارية ﴾ يتبعها أحكامها فيباح

له الانتفاع بها و ﴿ تتناول إباحة ﴾ الفوائد ﴿ الأصلية ﴾ كالصوف والثمر واللبن إتلافاً ومعاوضة ببيع أو غيره ﴿ مع ﴾ استعمال الفوائد ﴿ الفرعية ﴾ فقط كالركوب ونحوه ﴿ إلا الولد ﴾ ماتناسل فإنه مستثنى من الفوائد الأصلية فلا يجوز للمعمر استهلاكه ﴿ إلا فوائده ﴾ غير ولده فله أن ينتفع بها كما ينتفع به وبفوائد أصله .

﴿ والسكنى ﴾ أن يقول مالك الدار أو العرصة لآخر أسكنتُك أو هى لك سكنى أو خذه مدة عمرى أو عمرك سكنى أو وهبتك سكنى فهذه الألفاظ إذا وقعت من المالك ﴿ بشرط البناء ﴾ أو الجص أو نحو ذلك على الساكن فى المسكون تكون ﴿ إجارة فاسدة ﴾ أو صحيحة إذا كملت شروطها أو كانت من المحقرات . ﴿ و ﴾ أما إذا كان السكنى من ﴿ دونه ﴾ أى من دون شرط البناء ونحوه بل دفع له الدار للسكنى فهذه ﴿ عارية ﴾ سواء كانت مطلقة أم مؤقتة ﴿ تتبعهما أحكامهما ﴾ عائد إلى الإجارة والعارية : ﴿ أما أحكام الإجارة ﴾ فحيث شرط عليه البناء فى العرصة فلا يخلو إما أن يبنى بأنقاضها الأولى من غير زيادة أو بها وزيادة أو بآلات أخرى إن كان البناء بنقضها الأول كان البناء للمالك وعليه أجرة البناء ما بلغت مالم تزد على أجرة المثل وكان يمكن بدونها وله أجرة السكنى للدار عامرة إن سكن وإذا تساويا تساقطا وإلا ترادّا ، وإن بناها بآلة منه أو زاد على أنقاضها بحيث خلط الجميع ولم يمكن تمييز آلاته وأنقاضها فإن كان مع صلاحية الأنقاض للبناء والاستغناء عن آلاته فتمد بآلته ولا خيار له بل يأخذ بناءه ولا أرش . وإن كان لعدم الآلة الأولى أو لفسادها فإذا نوى البناء لنفسه أو أطلق كان البناء لنفسه ولزمه للمالك أجرة المثل فى العرصة لا فى الدار إن سكن . وإذا طالب منه مالك العرصة رفع البناء أو منعه من السكنى ثبت له الخيار ، إما ترك البناء وأخذ قيمة الآلات وأجرة العمل ، وإما أزاله وله أرش النقص . وإن لم يأمره المالك بالرفع ورفع فلا خيار له . وإن نوى البناء للمالك الآذن له بالبناء لزمه أجرة الدار مبنيّة إن سكن وله على المالك قيمة الآلات وأجرة العمل ، وإذا كان البناء

بأنقاضها وآلات من لديه وخلط الجميع بإذن المالك بحيث التبس أنقاضها بآلاته رجع المالك بقيمة أنقاضه ومن له السكنى يرجع عليه بقيمة الكل مع أجرة العمل ، وأما إذا مات البانى فلورثته ما كان له فى جميع الأطراف .

﴿ وأما أحكام العارية ﴾ فإذا أسكنه العرصة ولم يشترط عليه البناء فالإذن بسكنى العرصة إذن بالبناء لا بالغرس فغاصب ويثبت فى السكنى لرب العرصة الرجوع متى شاء فإن كان الرجوع فى المطلقة والمؤقتة قبل انقضاء الوقت والبناء بآلات منه أو بالأولى وآلات منه بحيث لم يتميز أنقاضها من آلاته ثبت له الخيار فى البناء إما تركه وأخذ قيمته وليس له حق البقاء مع أجرة العمل أو أزاله وله أرش النقض وإن كانت الآلات من المالك رجع بما غرم ، والحاصل أنها عارية فى جميع الأطراف وإذا مات فلورثته ما كان له من جميع الخيارات والله أعلم .

﴿٢٩٥﴾ كتاب الوقف

هو لغة الحبس يقال وقفت كذا أى حبسته، ويقال أوقفته فى لغة رديئة ، وشرعا حبس مال يمكن الانتفاع به بنية القربة مع بقاء أصله. والأصل فيه من السنة حديث ابن عمر أن عمر أصاب أرضاً من أرض خيبر فقال: « يارسول الله أصبت أرضاً بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه فما تأمرنى فقال إن شئت حبست أصلها ، وتصدقت بها فتصدق بها عمر على أن لاتباع ولا توهب ولا تورث فى الفقراء وذوى القربى والرقاب. والضيف وابن السبيل لا جناح على من وليها أن يأكل منها بالمعروف ويطعم غير متمول ». وفى لفظ « غير متأثل مالا » رواه الجماعة ، وحديث أبى هريرة : « أن النبى صلى الله عليه وآله وسلم قال : إن مات الإنسان انقطع عمله إلا من ثلاثة أشياء صدقة جارية.أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له» رواه الجماعة إلا البخارى وابن ماجه وقوله : « إلا من ثلاثة أشياء » فيه دليل على أن ثواب هذه الثلاثة لا ينقطع بالموت قال العلماء : معنى الحديث أن عمل الميت ينقطع بموته وينقطع تجدد الثواب له إلا فى هذه الأشياء الثلاثة لكونه كاسبها فإن الولد من كسبه وكذا الصدقة الجارية وهى الوقف وفيه الإرشاد إلى فضيلة الصدقة الجارية والتزوج الذى هو سبب حدوث الأولاد وكذا ما يخلفه من العلم النافع كالتصنيف والتعليم الذى يبقى بعد موت صاحبه سواء كان من العلم الأخروى أم من العلم الدنيوى النافع كالطب وغيره من علوم الدنيا النافعة لا مالا ينتفع به كعلم النجوم من حيث أحكام السعادة وضدها. ومن العلم النافع فى الدارين تأليف ونشر السنة الصحيحة .

﴿فصل﴾

وأركان الوقف التى لايوجد إلا بها أربعة : الواقف والموقوف عليه وهو المصرف والموقوف والصيغة التى يكون الوقف بها ، ولكل منها شروط : وقد بينها الإمام عليه السلام على الترتيب بقوله ﴿ يشرط فى الواقف ﴾ خمسة شروط :

﴿ الأول ﴾ ﴿ التكليف ﴾ فلا يصح من الصبى عن نفسه لا وكيلا والمجنون والسكران غير المميز .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ ﴿الإسلام﴾ فلا يصح من كافر تصريحاً أو تأويلا لأنه قربة ولا قربة لكافر .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ الاختيار ﴾ فلا يصح من المكره ما لم ينوه .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ الملك ﴾ فلا يصح من غير مالك ولو أجازه المالك لأنه إنشاء لا تلحقه الاجازة إلا إذا كان عقداً بلا عوض[1] فتلحقه ويصح التوكيل به كالعتق والطلاق : أما ما جعله الإمام أو ذو الولاية من بئر أو مسجد أو سقاية فى الطريق الواسع ونحوه فيصح .

« فإن قيل » كيف أجزتم هنا نقل مصلحة إلى أصلح منها وقلتم فيما يأتى أواخر فصل ٣٠٣ لا يجوز للامام وغيره من أهل الولايات نقل مصلحة إلى أصلح منها ؟ « قلت » خيرُ تلفيق بين القولين إما أن نقول إنه لا يصير وقفا بل له حكم الوقف وهذا ما قرره الهبل للمذهب ولذا للامام الرجوع عن ذلك ، وإما أن يكون من الإمام ابتداء مصلحة ليس من نقل المصالح وإما أن يملك الإمام الغير بالثلاثة الشروط المتقدمة فى الشركة أول فصل ٢٥٧ والآتية فى آخر فصل ٢٩٩ ثم إن المالك يسبله لأنه قد صار مالكا يصح منه ذلك » .

---

(١) لأنه ينافى القربة إذا كان بعوض اهـ .

ويصح أيضاً وقف الجوارح من الطـــير المتأهلة كالصقر والباز لأنها تملك لا الـكلاب فلا يصح .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الخامس ﴾ لنفوذ الوقف لا لصحته هو ﴿ إطلاق التصرف ﴾ فلا ينفذ وقف المحجور ما له بل يبقى موقوفاً على رفع الحجر إما بسقوط الدين أو من الحاكم لمصلحة أو باجازة الغرماء وكذا وقف المريض المستغرق ماله بالدين يبقى موقوفاً على سقوط الدين بأى وجه أو إجازة الغرماء وينتقل دينهم بذمته .

﴿ و ﴾ أما الذى يشرط ﴿ فى الموقوف[1] ﴾ فهو ﴿ صحة الانتفاع به ﴾ فى الحال أو فى المآل على وجـه يحل ﴿ مع بقاء عينه ﴾ دون ما لا يمكن الانتفاع به رأسا أو أمكن لـكن على وجه محظور كالأمة للوطء أو أمكن على وجه يحل لـكن مع إتلافه فى وقت واحد كالطعام ونحوه لم يصح وقفه وكذا الدراهم والدنانير لا يصح وقفها وتـكون إباحة مع علمه لا مع الجهل فتكون كالغصب فى جميع وجوهه إلا أن يوقفها للتجمل بها والعيار ونحوهما صح وقفها كما يصح إجارتها وعاريتها للتجمل بها والعيار .

﴿ فرع ﴾ قال فى العيار ويصح وقف ما منفعته مرجوّة فى المستقبل وإن لم يكن له نفع فى الحال كالحيوان الصغير للحمل عليـه والعبد الطفل للخدمة أو ليعلم الناس القرآن وهو ممكن منه عادة وأجرة تعليمه من بيت المـال والوقف فى هذه ناجز فى الحال . قال فى البيان « وليس من شرطه أن يخرجه عن يده » .

﴿ نعـم ﴾ فمتى كملت شروط الوقف صح ﴿ ولو ﴾ كان الموقوف ﴿ مشاعا ﴾ سـ ﴿ و ﴾ اء كان ﴿ ينقسم ﴾ أولا استوت أجزاؤه أم اختلفت هذا مذهبنا وللورثة حيث لاوصى أن يميزوا الوقف المشاع ﴿ أو ﴾ قال الواقف وقفت ﴿ جميع مالى ﴾ ولو جاهلا المـكه

(١) وهو الركن الثانى من أركان صحة الوقف اه .

﴿ وفيه ما يصح ﴾ وقفه ﴿ ومالا ﴾ يصح وقفه لم يمنع ذلك من صحـة وقف ما يصح وقفه فالذى لا يصح وقفه ﴿ كأم الولد ﴾ والمـدبر . ﴿ و ﴾ كذلك لا يصح وقف ﴿ ما منافعه ﴾ مستحقة للغير على سبيل الدوام أوكان استحقاقها متقدماً على الوقف، مثال الأول : لوكانت منافع دار أو نحوها موصى بهـا للفقراء فلا يصح وقف تلك الدار لأن منافعها مستحقة للغير وهم الفقراء على سبيل الدوام لعدم انقراضهم لـكونهم غـير معينين لا لوكانت منافع الدار موصى بها لرجل معين فيصح وقف الدار لأن منافعها ليست مستمرة بل مؤقتة فتبطل بموت الموصى له .

ومثال الثانى : أن يوصى بالدار لشخص ويستثنى منافعها فإنه لا يصح من الموصى « بالرقبة أن يقف الدار لأن المانع تقدم استحقاق منافعها للغير على الوقف .

﴿ و ﴾ كذلك لا يصح وقف ﴿ ما فى ذمة الغير ﴾ من حيوان وغيره من مهر أو نذر أو نحوهما إذ لا عين والوقف تحبيس العين .

﴿ مسئلة ﴾ وتصح قسمة الوقف مهايئة بين أهل المصرف وتكون لازمة فلا يصح الرجوع عنها .

﴿ و ﴾ من أحكام الوقف أنه ﴿ لا يصح تعليق تعيينه ﴾ أى الوقف ﴿ فى الذمة[١] ﴾ يعنى فى ذمة الواقف لو قال أوجبت على نفسى وقفا أو لله على أن أقف أرضاً لم يلزمه شىء لأن الوقف لا يثبت له أصل فى الذمة وكذا التخيير إذا وقف احدى دوره أوأراضيه فلا يصح وأما التخيير فى الموقوف عليه نحو أن يقول وقفت دارى على أحمد أو على أبيه فيصح ويصرفه فى أيهما شاء ولا يصح أيضاً أن يكون الموقوف مجهولا كأن يقول وقفت أرضا أو داراً غير معينة وأما لو قال وقفت جميع مالى من الأرض صار الجميع وقفا المعلومة وغيرها .

---

(١) بخلاف ما لو قال أوجبت على نفسى عتقا أو نذرا أو لله على أن أعتق فيصح لثبوت تعلقه فى الذمة اه .

﴿ و ﴾ من أحكام الوقف أيضاً أنه ﴿ لا تلحقه الإجازة ﴾ فلو وقف فضولى مال غيره وأجاز ذلك الغير لم يصح ذلك الوقف لأن الوقف إنشاء والإجازة لاتلحق الإنشاءات ﴿ كالطلاق ﴾ لو طلق فضولى امرأة غيره وأجاز لم تطلق ما لم يكن عقداً فى الوقف بغير عوض وفى الطلاق بعوض فتلحقه الإجازة .

﴿ وإذا ﴾ عين الواقف العين الموقوفة ثم ﴿ التبس ما ﴾ كان ﴿ قد عين فى النية ﴾ أو باللفظ أو بالإشارة ﴿ بغيره فبلا تفريط ﴾ من الواقف ﴿ صارا ﴾ معاً ﴿ للمصالح ﴾ العامة ﴿ وبه ﴾ يعنى بالتفريط وهو أن يمضى وقت يمكنه التعيين فلم يعين يلزمه ﴿ قيمة أحدهما فقط ﴾ حيث استوت وإلا فقيمة الأقل فلو وقف واحداً من شيئين وعينه بالنية أو باللفظ أو الإشارة ثم التبس ما قد عين فإن لم يقع منه تفريط فى ترك التعيين حتى التبس صار الشيئان معاً ملكا للمصالح لاوقفاً وإن فرط حتى التبس عليه أومات ولم يعرف الورثة ولاشهادة على ذلك بطل الوقف وصار ملكاً له أو لهم ولزمه ـ للموقوف عليه ان كان معينا أو للمصالح إن كان غير معيّن ـ قيمة الأقل منهما لأن الأصل براءة الذمة .

﴿ و ﴾ أما الذى يشرط ﴿ فى المصرف[1] ﴾ فذلك ﴿ كونه قربة تحقيقاً ﴾ نحو أن يقفه على فقراء المسلمين أو على مسجد أو منهل أو معهد علم أو نحو ذلك أو دار موقوفة فيصح لا مملوكة فلا يصح لأنها مما لا تملك ولا قربة فى الوقف عليها . ﴿ أو ﴾ تكون القربة ﴿ تقديراً ﴾ نحو أن يقفه على غنى معين أو ذمى معين أو فاسق معين لأنه يقدر حصول القربة إلى موته أو تغير حالته كفقر الغنى أو إسلام الذمى مع فقره أو إيمان الفاسق وتكون منافع الوقف له إلى موته ولو قبل إسلام الذمى وفقره وسواء كان الموقوف عليه موجودا أم معدوماً كأن يقف على الحمل أو على أولاد فلان قبل أن

(١) وهو الركن الثالث من أركان صحة الوقف .

يوجدوا ويكون المصرف قبل وجودهم فى الواقف ووارثه كوقف انقطع مصرفه وكذا لو لم يلد أحد .

﴿ فرع[1] ﴾ فإن قال وقفت هذا لله على الكنائس أو نحوها لم يصح الوقف على الأصح كما قرر فى البيان .

﴿ مسئلة ﴾ ومن وقف على مصرفين أو أكثر فهو على وجوه ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن يجعل المصارف مرتبة فإن كانت القربة حاصلة فيها كلها محققة أو مقدرة وهى مما يتملك صح الوقف عليها على ما رتب وإن كانت حاصلة فى بعضها دون بعض فإن قدم مافيه القربة صح الوقف عليه حتى يزول أويمضى الوقت إن كان مؤقتاً ومن بعد يكون وقفاً انقطع مصرفه فيرجع للواقف أوورثته وقفاً عند الهدوية وهو المختار فإن انقرضوا أو لم يُعرفوا فللفقراء حيث كان الوقف مؤقتا ومضى الوقت وأما لو كان مطلقا فإنه إذا مات الموقوف عليه صار إلى ورثته ثم إلى الواقف أو ورثته وان قدم مالا قربة فيه فإن كان مما لا يزول كالقبور أو الكنائس لم يصح الوقف إلا أن يذكر لها وقتا معينا بقى على ملكه حتى يمضى الوقت ثم يصح الوقف على مافيه القربة وقبل مضيها له التصرف فيه ببيع أو غيره وإن كان مما يزول كغير معين أو كنيسة معينة بقى على ملكه ملكا حتى يزول أو تمضى المدة إن كان مؤقتا ثم يصح الوقف على ما فيه القربة .

﴿ الوجه الثانى ﴾ أن يشرك بينهما فإن كانت القربة حاصلة فيها كلها صح الوقف عليها وقسمت منافعه بينها على عددها وإن كانت القربة حاصلة فى بعضها دون بعض كمسجد وكنيسة صحت حصة ما فيه القربة وبطلت حصة ما لا قربة فيه ويبقى ملكا للواقف .

﴿ الوجه الثالث ﴾ أن يخير بينها فإن كانت القربة حاصلة فيها كلها صح

(١) الفرع والمسئلتان نقلا عن البيان وهامشه .

الوقف لأن التخيير هنا فى المصرف لا فى العين كما يأتى وله الخيار فى صرف منافعه إلى أيها شاء وكذا لمن تولى عليه بعده ، وإن كانت القربة فى بعضها دون بعض لم يصح الوقف لأنه خير فيه بين الصحة والبطلان فيبطل واختاره فى الغيث .

﴿ مسئلة ﴾ من وقف ماله مطلقا ثم قال نويت على مصرف كذا قبل قوله ولو على نفسه فإن وقف على الفقراء ثم قال نويت استثناء الغلة لنفسى ما عشت لم يقبل قوله فى الظاهر لأن فيه إسقاط حق الفقراء لا فى الباطن فيصح .

﴿ و ﴾ أما ما يشترط ﴿ فى[1] الإيجاب ﴾ يعنى فى إنشاء إيجاب الوقف فهو ﴿ لفظه صريحا ﴾ كوقفت أو حبست أو سبلت أو أبدت أو حرمت ﴿ أو كناية ﴾ كتصدقت أو جعلت أو أوصيت[2] مع نية الوقف « أو بإشارة » مفهمة « من متعذر » اللفظ كالأخرس « أو بكتابة » مع النطق بالقربة « أو بما يدل عليها أو بفعل مفيد » كنصب جسر او باب لمسجد كما يأتى أول فصل ٢٩٩ فإن قال صدقة جارية أو جعلت أو أوصيت لمسجد كذا أو معهد كذا أو نحو ذلك فصريح وقف لا تفتقر هذه الألفاظ إلى نية لأن العرف جار بقصد التأبيد من العوام فلها حكم الوقف وان أضيفت هذه الألفاظ إلى آدمى معين فهو ملك له يفعل فيها ما شاء ولو أراد الموصى منع بيعها إلا أن يريد وقفها عليه كانت وقفا مع كمال شروطه ولا يصح الوقف بمجرد النية بغير لفظ .

ومن أحكام صيغة الوقف أنه لا يحتاج بعد لفظه إلى قبول الموقوف عليه حيث هو آدمى معين ولا الى قبض ينوب مناب القبول لأنه ليس من شرط صحته أن يخرجه الواقف عن يده بل عدم الرد من الموقوف عليه كاف فإن رده لم يبطل الوقف بل يكون للفقراء والمصالح فإن رجع عن رده صح رجوعه لأنه حق يتجدد .

---

(١) وهو الركن الرابع من أركان صحة الوقف اه.

(٢) إلا فى حق العوام فصريح لأنه فى عرفهم وقفا اه.

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان : « ويصح الوقف على قبور الأئمة والفضلاء وعلى مشاهدهم والمراد به ما يتعلق بها فى القربة الحاصلة فيها باجتماع المسلمين فيهـا للذكر والطاعات فلو قصد به على الميت نفسه لم يصح وكذا فى النذر عليها » قال فى الغيث : « إن وقف لعمارتها على الوجه المشروع صح كما يصح وقف أرض يقبر فيها » .

﴿ نعم ﴾ وإذا كان الوقف شاملا لشروطه فلا ينفذ فى لفظه الصريح أو الكناية إلا ﴿ مع قصد القربة[(١)] ﴾ من الواقف ﴿ فيهما ﴾ أى فى صريحه وكنايته فإن لم يقصد الواقف القربة رأساً لم يصح الوقف ولا يستحق الموقوف عليـه شيئاً سواء كان من الورثة أم من غيرهم مثاله لو وقف ولم يقصد القربة وتضمن الوقف أمراً محظوراً كما لو وقف ماله على ورثته لمنعهم عن البيع أو وقف على غيرهم لحرمان ورثته أو وقف على بعض الورثة لحرمان الآخرين أو للذكور لحرمان الاناث أو أولادهن لم يصح الوقف ولا يستحق الموقوف عليـه شيئاً ولا يصير وصية من الثلث بل يبقى الوقف من جملة التركة يقسم بين جميع الورثة .

(١) ومن اختيارات إمام الزمن أيده الله إذا وقف إنسان على أولاده وله زوجة ليست بأم للأولاد فهذا الوقف لا يعتبره الاختيار الشريف لأن قصده حرمان الزوجة ولاندراجه تحت الوصية إذا كان من عاص كما سيأتى بيانه لمضارته وصية الله بالمواريث حرمان الزوجة إرثها . والله يقول : « من بعد وصية يوصى بهـا أو دين غير مضار وصية من الله » وأى مضارة مثل حرمان الوارث الذى أوصى به وبينه تعالى بصريح كلامه ، اللهم إلا أن تكون الزوجة أماً للأولاد فلا بأس بالوقف لانتفاء علة المنع فإن عاطفتها لا تجرح بما حازه أولادها من والدهم ولو أوجب نقصاً عليها فكثيراً ما تتنازل الأم عما تملكه لأولادها ولكن الظاهر أنه لا يكون الوقف من الرجل على الأولاد إلا بعد التشاور بينه وبين زوجته والدة الأولاد ورضاها وطيبة نفسها بذلك .

ومن اختياراته لا وقف لبعض الورثة دون بعض كما لا وصية لاشتراط القربة فى الوقف وعدم المحظور فى الوصية والقربة معدومة مع مخالفته وصية الله كما أن المحظور موجود إذ الغالب من ذلك حرمان الاناث . أما وقف القراءة للوارث بما تحصل من الغلة فصحيح لا بما تيسر فلا يصح عملا بالاختيار الامامى اهـ .

﴿ فرعان ﴾(١) « الأول » إذا تنازع الواقف والموقوف عليه في قصد القربة فالقول للواقف إذ لا يعرف إلا من جهته فلو عرف من نفسه عدم قصد القربة نحو أن يقصد منع الوارث من البيع أو فراراً من الدين فإنه يجوز له البيع في الباطن لا في الظاهر حيث كان في لفظه بالوقف أو بالمصرف ما يقتضي القربة كما يأتي لم يجز له البيع فإن قصد القربة ومنع الوارث من البيع أو حرمان وارث كالنساء أو غيرهن أو فراراً من الدين صح الوقف(٢) لحصول الشرط وهو قصد القربة . ﴿ الثاني ﴾ لو لم يعرف ما قصد به الواقف رجع إلى لفظه وإلى المصرف فإن كان في أحدهما مايقتضي القربة نحو أن يقول لله أو في سبيله أو يقول وقفاً محبسا أو مؤبداً أو يكون المصرف فيه قربة كالمسجد والفقراء صح الوقف وإن لم يكن شيء من ذلك بل مجرد لفظ الوقف فلا يصح الوقف مع عدم قصد القربة .

﴿ واعلم ﴾ أنه ليس من شرط الوقف مع قصد القربة أن يذكر المصرف كالمسجد والفقراء أو يقول في سبيل الله حيث كان لفظ الوقف صريحاً دالاً على القربة . ﴿ و ﴾ لكن إذا كان اللفظ كناية في الوقف فلا بد أن ﴿ ينطق بها ﴾ يعني بالقربة نحو تصدقت بهذا أو بكذا لله تعالى ﴿ أو ﴾ ينطق ﴿ بما يدل عليها ﴾ من الألفاظ نحو أن يقول جعلت هذا للمساجد أو للفقراء أو للعلماء أو صدقة محرمة أو جارية أو نحو ذلك وإنما يشترط النطق بها أو بما يدل عليها ﴿ مع الكناية ﴾ كما تقدم ، أما مع اللفظ

(١) نقلا عن البيان وهامشه .

(٢) هنا اختلفت التقريرات فيما هو المختار للمذهب هل يصح الوقف مع ذلك أم لا يصح ، فمنهم من قرر صحة الوقف وهو الأصح للمذهب ، ومنهم من قرر عدم الصحة ، ولكنه خلاف الأصح ولعله توهم مسئلة تشبه هذه وهي التي تقدمت آنفاً فيما يشترط في المصرف آخر الوجه الثالث من المسئلة الأولى حيث تقدم هناك أنه لا يصح وهنا يصح وكلاهما لمن لايتأمل على سواء مع أن تلك في مصرف الوقف وهذه في عين الوقف .

الصريح فلا يحتاج إلى النطق بالقربة بل القصد بها كاف نحو أن يقول وقفت أرض كذا أو سبلت أرض كذا فإن ذلك كاف مع قصد القربة كما تقدم .

أما لو كتب صريح الوقف نحو تصدقت لله فهو غير كاف لأن الكتابة بالوقف كناية يشترط فيها النطق بالقربة أو بما يدل عليها فعلى هـذا يلزم أن لا يكفى كتابة القربة مع كتابة صريح الوقف بل لابد أن ينطق بأيهما حال الكتابة أو بعدها وإلا لم يصح كما هو ظاهر الأزهار .

﴿٢٩٦﴾ (فصل)

﴿ ولا يصح ﴾ أن يخصص الوقف ﴿ مع ذكر المصرف أو قصده إلا ﴾ إذا كان المصرف ﴿ منحصراً ﴾[1] نحو أن يقول وقفت على زيد وعمر وخالد فإنه يصح الوقف ﴿ ويخصص ﴾ بينهم على قدر رؤوسهم إن أطلق أو على قدر حصصهم من نصف وربع ونحو ذلك حيث خصص الواقف ﴿ أو ﴾ لم يذكر الواقف المصرف منحصراً لكنه ذكره ﴿ متضمناً لقربة ﴾ نحو أن يقول على الفقراء أو الضعفاء أو المساكين أو النساء وكذا على المسلمين جملة أو على مسلمي جهة لا ينحصرون أو على المؤمنين صح الوقف لأن الإسلام وجه قربة ﴿ ويصرف ﴾ فى الفقراء أو ﴿ فى الجنس ﴾ من أهل المصرف ولو واحداً ولا يلزم التخصيص بينهم لعدم انحصارهم فإن ذكر المصرف لا على أحد هذين الوجهين نحو الوقف على الكنائس أو على الحربيين أو على الفساق أو على الأغنياء ولا يحصرهم لم يصح الوقف ويبقى ملكاً له لا وقفاً .

﴿ فرع ﴾ ولا يصح الوقف على الناس جملة أو على أمة « محمد » صلى الله عليه وآله وسلم لعدم القربة وكونهم غير منحصرين لأن أمة « محمد » كل من بعث إليه وهم جميع الناس . وأما لو كان الوقف على كفار مميزين غير محاربين فيصح ويصرف

(١) يتملك لم نؤمر بإزالة الضرر به، ليخرج الوقف على كنيسة أو على مرتدين أو محاربين مميزين اهـ .

فيهم إلى موتهم لأن القربة فيهم مقدرة بإسلامهم كما مر

﴿ ويغنى عن ذكره ﴾ أى المصرف ﴿ ذكر القربة ﴾ وإن لم يذكر معها المصرف نحو أن يقول وقفت كذا لله أو تصدقت به لله أو صدقة محرمة أو مؤبدة فإن ذلك يغنى عن ذكر المصرف ويدخل فى ذلك المصالح ﴿ مطلقاً ﴾ سواء كان لفظ الوقف صريحاً أم كناية ﴿ أو قصدها ﴾ يعنى قصد القربة من دون لفظ لها كفى عن ذكر المصرف إذا كان قصدها ﴿ مع ﴾ لفظ الوقف ﴿ الصريح فقط ﴾ نحو أن يقول حبست أرضى هذه أو وقفتها ولم يقل لله ولا ذكر مصرفاً صح إذا عرف أنه قصد القربة بقرينة حال أو إقرار ﴿ ويكون ﴾ منافعه ﴿ فيهما ﴾ يعنى حيث نطق بالقربة فى الصريح والكناية أو قصدها فى الصريح فقط ﴿ للفقراء مطلقاً ﴾ ويدخل فى الفقراء أقارب الواقف من والد وولد ونفسه أيضاً والهاشميون والمصالح ﴿ و ﴾ حيث لم يعين الواقف مصرفاً كأن يقول وقفت لله ضيعة كذا جاز ﴿ له بعد ﴾ الوقف وانبرامه لأجل الضرورة ﴿ تعيين المصرف ﴾ ولو بعد مدة إلى أى جهة أراد ولو إلى أولاده أو نفسه أو غنى أو هاشمى ويورث عن الغنى المعين حسب الإرث . ﴿ و ﴾ أما ﴿ إذا عين ﴾ الواقف ﴿ موضعاً ﴾ أو زماناً ﴿ للصرف أو الانتفاع ﴾ بأن قال تصرف غلة الوقف أو ينتفع بهذه العين الموقوفة فى مكان كذا أو زمان كذا فقد ﴿ تعين ﴾ الصرف والانتفاع مكاناً وزماناً بتعيين الواقف ووجب امتثال ما ذكر ومن ذلك إذا عين الواقف المصرف ولم يعين موضع الصرف من أول الأمر بل قال وقفت هذا المصحف للتلاوة أو وقفت ضيعة كذا لإطعام الفقراء ثم بعد ذلك قال الواقف وقد عينته للتلاوة فى مسجد كذا وعينت إطعام أو إعطاء الفقراء فى مسجد كذا أو موضع كذا تعين أيضاً موضع الصرف ولا يجوز تحويله إذ لا ضرورة مادام باقياً ﴿ ولا يبطل المصرف بزواله ﴾ إذا انهدم المسجد أو عدم من يتلو فيه أو فرغ المصحف بعض الحالات من التلاوة فيه أو لم يوجد الفقير فى المسجد بل يجوز عند ذلك التلاوة فى المصحف فى غير المسجد

كصرحته ومنازل الدراسة ومسجد آخر ونحو ذلك ، ويجوز إطعام الفقير فى غير ذلك المسجد أو الموضع ومتى عاد المسجد ووجد من يتلو فيه أو وجد الفقير فى ذلك المسجد لم يجز الصرف فى غيره ، وأما إذا عين الوقف وموضع صرفه أو الانتفاع به من أول الأمر كوقفت هذا المصحف للتلاوة فى مسجد كذا أو وقفت الضيعة الفلانية لإعطاء غلاتها الفقراء أو طلبة العلم أو الوافدين فى مسجد كذا أو معهد كذا أو محل كذا فإذا زال ذلك الموضع المعين من مسجد وغيره أو لم يوجد فيه قارئ أو طالب علم أو وافد عاد الوقف وقفاً للواقف ووارثه لانقطاع مصرفه ولا تجوز التلاوة بذلك المصحف فى غير ذلك المسجد الذى قد خرب كمنازل الدراسة أو مسجد آخر ولا صرف الوقف للفقراء أو طلبة العلم فى مسجد أو معهد للعلم غير المعين ومتى عاد موضع الصرف أو وجد من يتلو أو وجد الفقير أو طالب العلم بعد أن عدم عاد الوقف لمصرفه فى موضعه المعين .

﴿ مسئلة ﴾ يصح الوقف على حمام مكة وغيرها من سائر الطيور والبهائم إذا قصد الواقف أنها تطعم من الغلة لأنه وجه قربة لا إن قصد أن الغلة تكون لها لم يصح لأنها لا تملك .

﴿٣٩٧﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان تعيين مصرف الوقف وما يصح الوقف عليه وما يتبع ذلك من المسائل ﴿ ويصح ﴾ الوقف ﴿ على النفس ﴾ إن قصد به التعفف فالقربة محققة فى الحال وإن قصد به القربة مطلقاً فالقربة مقدرة بانقراضه ووارثه ولا يشترط أن يقصد أن يستغنى به عن تكفف الناس وسواء وقف على نفسه فقط أم داخلاً فى ضمن غيره ﴿ والفقراء لمن عداه ﴾ يعنى من وقف شيئاً على الفقراء أو على العلماء أو على المساكين دخل فيه كل فقير أو عالم أو مسكين غير الواقف فلا يدخل معهم فى المصرف إذا صار فقيراً

لأن المخاطب لا يدخل فى خطاب نفسه وإن كان المختار عندنا فى علم الأصول أن المخاطب يدخل فى خطاب نفسه إلا لقرينة تخرجه والقرينة المخرجة له هنا ذكره للفقراء فإنه حين ذكرهم دل ذلك على أنه يريد من عداه من الفقراء أى فقير كان إلا لعرف يقضى بدخوله مع الفقراء دخل، وإن كان غنياً أو صار فقيراً دخل فى العموم ولا يدخل الفقير الفاسق سواء كان فسقه بما فيه مضرة على المسلمين أم لا لأن وضع الوقف للقربة والوقف على الفساق لا يتقرب به إلى الله تعالى ومن دفع شيئاً إلى فاسق ضمنه إلا لعرف جار بدخول الفساق دخلوا. هذا حيث وقفه على الفقراء وأطلق أما لو وقف على أهل بلد محصورين دخل الفساق والأغنياء ونفس الواقف إذ لا قرينة تخرجه كما لو سبّل طريقاً أو مسجداً أو منهلاً فهو وغيره على سواء ، وكذا إذا قال وقفته لله ولم يذكر الفقراء فإنه يصرف فى الفقراء ويكون من جملتهم كما تقدم . ﴿ إلا ﴾ أن يكون ذلك المصرف للفقراء من الواقف ﴿ عن حق ﴾ واجب عليه ﴿ فلمصرفه ﴾ أى لا يصرفه إلا فى مصرف ذلك الحق فإن كان من الزكوات صرف فى مصارفها لا غير وإن كان عن أخماس او مظالم صرف أيضا فى مصارفها ولا بد من النيّة فى صرف كل غلة حصلت . هذا حيث وقف الرقبة والغلة عما عليه من الزكاة أو وقف الرقبة واستثنى الغلة عنها ، أما إذا وقف الرقبة عما عليه من الزكاة أو المظالم وسكت عن الغلة فيجوز صرف الغلة فى الواقف وولده ومن تلزمه نفقته لأن الرقبة قد أسقطت بقيمتها وقت الوقف .

﴿ و ﴾ يصح الوقف على ﴿ الأولاد ﴾ لكنه على ضربين :

﴿ أما الأول ﴾ فهو أن يكون لفظ الأولاد ﴿ مفرداً ﴾ كوقفت كذا على أولادى أو أولاد فلان ولم يذكر أولاد أولاده بعطف ولا ما يجرى مجراه كبطن بعد بطن فهو على صورتين : وقف عين ووقف جنس .

﴿ الأولى وقف العين ﴾ وهو أن يعين الموقوف عليهم كعلى هؤلاء أو على حسين

وأحمد وعلى من أولادى أو من أولاد فلان فيكون لهم فقط على الرؤس لا لغيرهم ولا يدخل فيهم من ولد بعد ذلك ولو كان حملاً عند الوقف بل ولو كان موجوداً حيث خصّ غيره ومن مات منهم فحصته لورثته بالسبب والنسب على حسب إرثهم فى الملك لا لسائر إخوته إلا أن يشاركوا فى الإرث فبحسبه .

﴿ الصورة الثانية ﴾ وقف الجنس : وهو ان يقول على أولادى أو على أولاد فلان من دون تعيين بوصف ولا إشارة فيكون ﴿ لأول درجة ﴾ من الأولاد ﴿ بالسوية(١) ﴾ : بين الذكر والأنثى من غنى وفقير وحرّ وعبد وذمى ويدخل بالوقف لا بالإرث من ولد له أو ثبت نسبه بالدعوة بل ولو كان عند الوقف حملاً فإنه يدخل فى الوقف من هو موجود من أولاده ويخرج من مات منهم ويكون نصيبه لمن بقى من إخوته لا لورثته إلا أن يموت بعد ظهور الغلة ولو لم تدرك فلورثته وتبقى إلى الصلاح بالأجرة للبطن الثانى ويقضى منه ديونه ونحو ذلك. وإذا مات الآخر من أهل الدرجة الأولى انعطف الوقف على ورثتهم جميعاً ويقسم بين ورثة كل واحد عند موته لا عند موت الآخر فتدخل الزوجات وغيرهن من ورثته عند موته ممن هو موجود أو قد هلك ويكون انتقاله إليهم بالإرث لا بالوقف .

« مثال ذلك » لو كان الأولاد حال الوقف الذكر والأنثى أربعة كان الوقف على عدد رؤوسهم أرباعا ويدخل من يولد بعد فيشارك من يوم العلوق فإن ولد اثنان صار بينهم أسداسا وقس على ذلك . فإن مات أحد الأربعة صار نصيبه لباقى إخوته الثلاثة ويكون الوقف بينهم أثلاثا . فإن مات الثانى قسم بين الثالث والرابع نصفان. فإن مات الثالث أخذ الرابع الكل وهو الباقى من الأولاد . فإن مات الرابع وهو آخر الأولاد انعطف الوقف لورثة كل واحد من الأربعة حصته فيصير أرباعا كما كان أولا وينتقل إلى البطن الثانى بالإرث ويدخل فى ذلك الزوجات وأولاد البنات

---

(١) مالم يقل على فرائض الله اه .

حتى لو كانت زوجة الذى مات أولا باقية أو قد ماتت أخذت بقدر ميراثها منه وإذا كان له بنت أخذت ميراثها وإذا ماتت ورثها ولدها من ذلك الوقف ، ومن كان قد مات من ورثة الأول صار نصيبه لمن يرثه ويسلك فى ذلك مسلك المناسخة ، فإذا كان للأول عند موته بنت وزوجة ولم يمت الآخر من الأربعة إلا وقد ماتا صار نصيبهما من الإرث لورثتهما ، ولا يشترط أن يموت الآخر وورثة الأول باقون بل يصير نصيبهم لمن يرثهم ، ولو قد مات من يرث انتقل إلى من بعده وعلى هـــذا يكون الانتقال .

﴿ وضابطه ﴾ أنه ليس بوقف إلا فى أول درجة فقط لأن الوقف لم يكن إلا عليهم فقط وأما من بعدهم فينتقل إلى ورثة كل واحد على حسب الميراث عند موته لا عند موت الآخر إلا أن الأصل قد حبس عن البيع ونحوه لا القسمة فتجوز.

﴿ فرع ﴾ : فإن كان حال الوقف لا أولاد للواقف صار وقفا على أولاد أولاده البطن الأول منهم فقط وما بعده بالميراث ، فإن وجد له بعد ذلك انتقل الوقف إليه إذ الوقف عليه ولو كان حال الوقف معدوما فإن لم يكن له ولد ولا ولد ولد ما نزل فوقف انقطع مصرفه .

﴿ مسئلة ﴾ : من قال وقفت على ابنى أو على ابن زيد فلا يقتضى العموم فإن كان له أكثر من واحد عينه لأحدهم فإن لم يعينه حتى مات عينه الوصى إن كان أو الأبناء مع التراضى وإلا اقتسموه بينهم على الرؤس لأنه ملتبس بين محصورين .

﴿ وأما الضرب الثانى ﴾ وهو إذا ذكر الأولاد فى الوقف بلفظ ﴿ مثنى فصاعداً ﴾ مما يفيد ترتيبا اما ﴿ بالفاء أو ثم ﴾ نحو وقفت على أولادى فأولادهم أو ثم أولادهم أو زاد فقال فأولاد أولادهم أو ثم أولاد أولادهم فإن الوقف فى صورتى المثنى أو المكرر بالفاء أو ثم يكون ﴿ لهم ﴾ أى للبطن الأعلى من أولاده ﴿ ما تناسلوا ﴾ « مرتبا » ويدخل فى ذلك أولاد البنات ﴿ ولا يدخل ﴾ فيه أحد من البطن

﴿ الأسفل حتى ينقرض ﴾ البطن ﴿ الأعلى ﴾ ويكون حكم البطن الثانى حكم الأول بعد انقراضه ثم كذلك ما تناسلوا لا يأخذ الأسفل مع الأعلى شيئا ويكون الوقف بين أهل البطن الأعلى على سواء الذكر والأنثى والغنى والفقير والمؤمن والفاسق الا أن يقول على فرائض الله كان للذكر مثل حظ الأنثيين من أولاد الواقف لا اخوته وسائر ورثته كما ذكره فى البيان . قال فى شرح الفتح : « ومما يقتضى الترتيب أن يقول الأول فالأول ، أو بطنًا بعد بطن ، أو قرناً بعد قرن ، أو جيلاً بعد جيل أو فإذا انقرض الأعلى كان لمن بعده وهو الذى فى الحفيظ وروضة النووى وقرره المؤلف فى الأثمار » ، ومعنى الترتيب أنه لا ينتقل لأحد من الطبقة السفلى شىء حتى ينقرض جميع الطبقة العلياء وقد يقترن بما تقدم من ألفاظ الواقف قرائن تبين أن المراد حجب كل فرع بأصله فيعمل بها ﴿ إلا لأمر يدخله ﴾ أى لأمر صدر من الواقف يدخل الأسفل مع الأعلى فى الوقف كأن يقول على أولادى فأولادهم إلا العلماء أو الفقراء أو الفضلاء يعنى فلا ترتيب « فيدخل » ذلك الأسفل المستثنى مع الأعلى ويكون دخوله « بالوقف » لا بغيره فتثبت له أحكامه . « أو » لأمر صدر من الواقف « لإخراج الأعلى » كأن يقول على أولادى فأولادهم إلا أولاد البنات أو الفساق ونحو ذلك فيخرجون وقيل أن الأمر المدخل للأسفل مع الأعلى بالوقف نحو ان يأتى الواقف بلفظ يقتضى دخوله ﴿ كالواو ﴾ لا بالفاء وثم فيقول وقفت على أولادى وأولادهم وأولاد أولادهم فإن الأسفل فى هذه الصورة يدخل مع الأعلى لأن الواو لا تقتضى الترتيب ﴿ عند المؤيد ﴾ بالله وهو قول أكثر الفقهاء والبصريين من النحويين ، وأما عند أبى طالب والكوفيين من النحويين فإنها تقتضى الترتيب كالفاء وثم وهو المختار لمذهبنا فيكون الحكم ماتقدم فى أنه لايدخل الأسفل حتى ينقرض الأعلى .

﴿ مسئلة ﴾ : إذا أتلف الوقف متلف ضمن قيمته يوم التلف لأجل الدرجة

المستحقين له لا لمن بعدهم وإن أتلفه أهل الدرجة الأولى لم يضمنوا شيئا لكونه مستحقا لهم .

﴿ فرع ﴾ : فالوقف على الأولاد وأولاد الأولاد بالفاء أو بثم أو بالواو على الصحيح أو بطنا بعد بطن أو نحو ذلك يدخل فى الوقف أولاد البنات إذ هم من أولاد اولاده لا إذا قال على أولاد صلبه لم يدخلوا فى ذلك إذ هم من صلب غيره فاقتضى العرف خروجهم .

﴿ مسئلة ﴾ : لو قال وقفت على نفسى فأولادى كان كما لو ذكر الأولاد مفرداً فينتقل إلى البطن الثانى بالإرث ولا يكون ذكر النفس بمنزلة البطن كما لو قال على أولادى فأولادهم فينتقل إلى البطن الثانى بالوقف .

﴿ مسئلة ﴾ أما حكم من يخرج البنات وأولادهن من الوقف ويجعل لهن من الغلة عوض ذلك الزيارة فى الأعياد ونحوها للمزوجات والكفاية لغير المزوجات : فالمختار أن ذلك لا يمنع الصحة ولا يرفع القربة ولا يقتضى مخالفة ما ذكره الواقف .

﴿ ومتى صار ﴾ الوقف ﴿ إلى بطن بالوقف ﴾ « وضابطه » إذا كان لفظ الأولاد مثنى فأكثر ، وصورته أن يقف على أولاده فأولادهم أو قال على أولادى ثم أولادهم أو على أولادى وأولادهم فإنه ينتقل فى جميع ذلك إلى كل بطن بالوقف ويثبت له حكمان :

﴿ أحدهما ﴾ قوله ﴿ فعلى الرؤس[1] ﴾ أى يكون بين الذكر والأنثى على سواء ومات منهم انتقل نصيبه إلى أهل درجته على التفصيل المتقدم إلا إذا مات وقد ظهر الزرع أو الثمر فى الأرض الموقوفة استحقه وارثه وعليه أجرة الأرض إلى وقت الحصاد لمن ينتقل الوقف من أهل تلك البطن هذا حيث بذر الأرض من غلة بذر الوقف أو

---

(١) إلا لمانع مثل أن يقول وقفت على أولادى وأولادهم على فرائض الله فحسب الارث اه هداية.

عمـا استقرض له لا إذا كان البذر من المستأجر لها فالزرع له وعليه أجرة بقائه لمن انتقلت المنافع إليه .

﴿ و ﴾ ﴿ الحكم الثانى ﴾ أنه ﴿ يبطل تأجير ﴾ البطن ﴿ الأول ﴾ بموته وانتقاله إلى من بعده حيث هو المؤجر ولا تقضى منه ديونه لأنه قد انقطع حقه لا إذا كان المؤجر هو الواقف أو المتولى للوقف فلا يبطل التأجير بموت أهل البطن الأول .

﴿ و ﴾ كذا يبطل بموتهم ما فعلوه من ﴿ نحوه ﴾ أى نحو التأجير كالنذر والوصية بالمنافع ونحوهما من التصرفات ﴿ لا ﴾ إذا صار الوقف إلى البطن الثانى ﴿ بالارث ﴾ .

﴿ وضابطه ﴾ إذا كان لفظ الأولاد مفردا ، وصـورته أن يقول وقفت على أولادى فلان وفلان وفلانة أو على أولادى وأطلق ، وكذا إذا قال على نفسى فأولادى أو على نفسى وأطلق ﴿ فبحسبه ﴾ أى يكون تقسيم غلة الوقف بينهم بحسب الارث للذكر مثل حظ الأنثيين ويدخل من يولد ويخرج من يموت وينتقل نصيبه إلى ورثته بالأرث ومنهم الزوجات وأولاد البنات .

﴿ ولا يبطل ﴾ ما فعـله البطن الأول من تأجير ونحوه ولو أدى إلى اسـتغراق المنافع على البطن الثانى مؤيداً كأن ينذر بها على الغير أو يجعلها مهرا أو نحوه وتقضى منه ديونه لأن حكمه حكم الملك فيبقى للميت فيـه من الحق ما بقى للميت في تركته .

﴿ فرع ﴾ إذا اختلف الورثة هل يقسم الوقف بينهم على الرؤس أم على الميراث أم على الترتيب فى البطون أم على التشريك ولا بينة فالقول قول مدعى التوريث لأن الظاهر معه وكذا قول مدعى التشريك .

﴿ و ﴾ ﴿ اعلم ﴾ أن الوقف على ﴿ القرابة والأقارب ﴾ يكون ﴿ لمن ولده جد أبويه ما تناسلوا ﴾ من جهتى الأم والأب وهم أربعة ذكور وأربع أناث فيدخل من تفرع من الأربعة الأجداد وهم أب أب الأب ، وأب أم الأب ، وأب أب الأم ،

وأب أم الأم ، ومن تفرع من الأربع الجدات وهن : أم أم الأم ، وأم أب الأم ، وأم أم الأب ، وأم أب الأب فجميع من تفرع من هؤلاء الثمانية[1] أعلاهم ومسلمهم ومؤمنهم وحرهم وذكرهم وغنيهم ، وأضدادهم ، ولو كانوا من أولاد البنات والأخوات وذوى الأرحام يدخلون فى مصرف الوقف ويجب استيعابهم والتسوية بينهم ولا فرق بين الأقرب والأبعد سواء كانوا وارثين أم لا . فإن تعذر حصرهم جاز الصرف فى الجنس فإن انكشف انحصارهم ولم يقصر المتولى فى البحث لم يلزمه شىء .

﴿ و ﴾ الوقف على ﴿ الأقرب فالأقرب ﴾ يكون ﴿ لأقربهم إليه ﴾ درجاً لا ﴿ نسباً ﴾ من الآباء والأبناء والإخوة وأبنائهم والأعمام وأبنائهم والأخوال وأبنائهم وجميع من ينسب إلى الأب الثالث من قبل الأب والأم معاً ولا يستحق الأبعد شيئاً مع وجود الأقرب ولا يدخل فيه الأب الثالث ويكون من بعد كوقف انقطع مصرفه . هذا هو المختار للمذهب فى البيان . قال فى هامشه ما لم يجر عرف بخلافه كان العمل عليه .

« نعم » والمعتبر هنا قرب الدرج لأقرب الميراث فابن ابن الإبن والعم فى الدرج سواء وإن كان أقدم بالارث فهما هنا على سواء لأن درج العم إلى الواقف ثلاث : العم درجة وأبوه درجة وأبو الواقف درجة هذه ثلاث: وابن ابن الابن كذلك ثلاث درج فهما على سواء فإن نزل الابن درجة فالعم أولى لأنه أقرب . وبهذا الاعتبار درجة الابوة والبنوة سواء ، والعم والخال سواء ، والعمة والخالة سواء ، والأخ لأب وأم ، والأخ لأم أو لأب سواء ، وأب الأب وأب الأم سواء ، وابن الابن والجد سواء ، والأب والأم سواء . « والحاصل » من كان أقرب درجة فهو أولى من الأبعد فالبنت أولى من ابن الإبن .

---

(١) لاهم فى أنفسهم فلا يدخلون اه .

﴿ و ﴾ من وقف على ﴿ الاستر ﴾ من أولاده كان ﴿ للأورع ﴾ منهم لا من يكثر الصلاة والصوم لأن الإنسان قد يعتاد كثرتهما ولا يتورع عن بعض القبائح ، والورع الشرعى هو الإتيان بالواجبات واجتناب المقبحات مع حسن العقيدة فإن استووا فى الورع اشتركوا ، فلو كان أحدهم أكثر تركا للشبهة أو لما كره فعله فهو أولى .

❊﴿ فرع ﴾❊ وإذا وقف على أورع الناس اعتبر أورع من يعرفه الواقف والمتولى بعده من الناس لا أورع أهل بلده إلا أن يعرف من قصده ذلك فهو أولى ، فإن لم يوجد الأورع عاد للواقف ووارثه كوقف انقطع مصرفه .

﴿ و ﴾ الوقف على ﴿ الوارث ﴾ يكون ﴿ لذى الإرث فقط ﴾ سواء ورثه بالنسب أم بالسبب ولو الزوجة فقط والعبرة بمن يرثه حال الموت لا حال الوقف فلو وقف وله ابن وأخ ومات ولم يكن وارثه غير أخيه كان الوقف له إلا أن يعرف من قصده أنه أراد الذى يرثه فى الحال لو مات لم يكن لأخيه ، ﴿ ويتبع ﴾ الوقف الارث ﴿ فى التحصيص ﴾ بينهم على حسب الميراث لا على الرؤوس ﴿ و ﴾ لو قال وقفت على ﴿ هذا الفلانى ﴾ نحو أن يقول على هذا الحجازى فإذا هو مصرى أو على هذا المسكين فإذا هو غنى فإنه يكون ﴿ للمشار إليه وإن انكشف ﴾ أنه ﴿ غير المسمى ﴾ فيكون للمصرى لا للحجازى وللغنى لا للمسكين لأن الإشارة أقوى من التسمية إلا أن يشترط أو يكون الموقوف عليه حربياً أو مرتدا أو كنيسة أو بيعة لم يصح الوقف .

❊﴿٢٩٨﴾❊ ﴿ فصل ﴾

فى حكم الوقف إذا زال مصرفه ﴿ ويعود ﴾ الوقف وقفا لا ملكا ﴿ للواقف ﴾ المالك[1] إن كان حياً ﴿ أو وارثه ﴾ حيث كان قد مات وعرف وارثه ويكون بينهم

(١) يحترز به مما وقفه الإمام ونائبه فانه لا يعود للامام لأنه غير مالك اه .

على الفرائض وإلا فللفقراء وذلك إما ﴿بزوال مصرفه[١]﴾ أى مصرف الوقف كمسجد أو آدمي ولو ذمياً ﴿و﴾ زوال ﴿وارثه﴾ أى وارث المصرف ولا فرق بين ما ينتقل بالارث أو بالوقف والمعتبر فى ورثة الواقف من وجد يوم عدم ورثة الموقوف أو يوم زوال مصرفه من مسجد ونحوه ﴿أو﴾ زوال ﴿شرطه﴾ أى شرط المصرف إلا أن يعود كأن يقول على زيد مهما بقى فى مكة أو نحوهما فإنه متى زال من مكة عاد للواقف وقفا لأنه أخص من غيره ومتى عاد زيد عاد إليه وقفا إلا أن يقصد الواقف الاستمرار بقى المصرف إليه ولو زال من مكة . ﴿أو﴾ زوال ﴿وقته﴾ نحو أن يقف على زيد عشر سنين فانقضت فإن مات زيد فى المدة كان باقيها لورثته وبعد مضيها يعود الوقف وقفا للواقف أو ورثته .

﴿نعم﴾ ﴿و﴾ من أحكام الوقف أنها ﴿تورث منافعه﴾ فقط لا عينه فهى لله تعالى نحو أن يكون الوقف على زيد ولم يقل وأولاده فمات انتقلت منافع الوقف وقفاً إلى ورثته يكون بينهم على حسب الإرث ﴿و﴾ منها إذا قال وقفت هذا عشر سنين مثلا فإنه يلغو ذكر التوقيت و ﴿يتأبد مؤقته﴾ لغير معين فيصير وقفا أبداً ، فأما لو وقف على شخص معين أو مسجد مدة عشر سنين فيتقيد الصرف بالمدة ولا يلغو التوقيت بالنظر إلى المصرف وإن لغا بالنظر إلى الوقف فإنه يصير محبساً أبداً.

﴿و﴾ منها أنه ﴿يتقيد بالشرط﴾ نحو وقفت كذا إن شفى الله مريضى فإن شفى الله المريض صح الوقف وإلا لم يقع لعدم حصول شرطه ومن ذلك أن يقول إن شاء الله فمشيئة الله حاصلة فيقع الوقف لحصول الشرط وهى مشيئة الله لأنه يشاء القربة إلا أن يكون عليه دين مطالباً به أو هو مضطر إلى البيع لأمر أهم كالإنفاق له ولماثلته أو للتزويج الذى يخشى من تركه الوقوع فى معصية فلا يصح الوقف لعدم حصول شرطه وهى مشيئة الله . ما لم يكن الشرط محظوراً نحو إن شربت الخمر فلا

---

(١) وكذا يكون للواقف ووارثه قبل وجود مصرفه اه .

يتقيد بحصوله ولا يصح الوقف لأن ذلك يدل على عدم القربة .

﴿ فرع ﴾ لو قال وقفت هذا إن كان فى علم الله أن أولادى يكونون صالحين أو نحو ذلك أو لا يحتاجون أو أنا ـ إلى بيعه فيتوقف نفوذ الوقف على ذلك الشرط لا لو قال وله بيعه متى شاء لم يصح الوقف .

﴿ و ﴾ يتقيد الوقف أيضاً بـ ﴿ الاستثناء ﴾ ولا يكون الوقف باطلا بتقييده به ولا فرق بين أن يكون الاستثناء معلوما كطلوع الشمس ومجىء الغد ونحوهما أو مجهولا كوقفت كذا إلا أن يموت مريضى فيكون الوقف موقوفا على شفاء مريضه فإن شفى صح الوقف ونفذ وإن مات المريض فى مرضه لم يصح الوقف لأنه غير واقف وسواء كان الاستثناء مستقبلا أو حالياً كإن كان حافظا للقرآن ، وكذا لو قال إلا أن يشاء الله فمعناه إلا أن يشاء الله أنى لا أقف فإنى غير واقف فإن كانت مشيئة الله حاصلة بالوقف نفذ الوقف لعدم حصول مشيئة الله بعدم الوقف وإن كان محتاجاً إليه لأمر أهم كما مر من الإنفاق وغيره فمشيئة الله قد حصلت بعدم الوقف فلا يقع وأما لو قال إن لم يشإ الله لم يصح مطلقا .

﴿ فرع ﴾ ومن وقف شيئاً إلا أن يحتاجه صح وقفه إن لم يحتج إليه حتى مات وكان من الثلث ولا ينبرم إلا بعد الموت إلا أن يقع موته فجأة فمن رأس المال لأنه وقع فى الصحة قبيل الموت .

﴿ فيصح وقف أرض لما شاء ﴾ الواقف من المصارف .ولو على نفسه أو أصله أو فصله أوغنى أوفاسق أو كافر أو عن واجب . ﴿ ويستثنى غلتها ﴾ لمدة معلومة أو مجهولة ﴿ لما شاء ﴾ من المصارف كذلك ﴿ ولو عن أى[1] حق ﴾ من الحقوق الواجبة عليه كالزكاة والمظالم ونحوها فيصح وقف الرقبة عن أى الحقوق غير الكفارة والنذر ،

---

(١) وإذا قال وقفت هذه الأرض عن حق وعليه حقوق كثيرة ولم يعين أيها كان تقسيطها على السواء بين ما عليه من الحقوق اه

ويستثنى الغلة لا عن حق نحو أن يستثنيها لنفسه أو ولده ولو لمدة مجهولة وتكون الغلة ملكاً له وتورث عنه ويصح عكس ذلك وهو أن يقف الرقبة لا عن حق ويستثنى الغلة عن حق نحو أن يقف الرقبة للمسجد ويستثنى الغلة عما عليه من الحقوق فإن ذلك كله يصح ﴿ فيهما ﴾ أى فى وقف الرقبة ولو عن أى حق غير الكفارة والنذر، وفى استثناء الغلة ـ ولو عن أى حق، ومسئلة الوقف عن الزكاة والخمس اللذين فى الذمة ـ إنما يصح إذا عدم الإمام فتثبت الولاية له ولا يصح أيضاً إلا إذا عدم الفقير فى ميل البلد فيكون من باب صرف الثالث زكاة نفسه فى المصالح فإن وجد الإمام أو الفقير فى ميل البلد فلا يصح وقف الرقبة بل يكون ثمنها مما بذمته تصرف للفقراء إن لم يوجد الإمام ومهما كان كذلك فهذه الأرض قد صارت لاستثناء غلتها مسلوبة المنافع بالنظر إلى من أسقطت الحق عنه لا قيمة لها إلا التافه الحقير فيسقط ممن عليه الواجب بقدر قيمتها فى الحال مسلوبة المنافع، وأما إذا أتلفها متلف فيضمن قيمتها بمنافعها حال التلف.

﴿ وإلا ﴾ يستثن الواقف الغلة بل وقف الأرض عن الزكاة التى فى ذمته أجزأته ويسقط عنه فى الحال من الزكاة بقدر قيمتها بمنافعها و ﴿ تبعت ﴾ الغلة ﴿ الرقبة ﴾.

﴿ فرع ﴾ فإن قال وقفت هذه الأرض عن حق وعليه حقوق كثيرة ومات ولم يبين أيها كان تقسيطها على السواء بين ما عليه من الحقوق.

﴿ قيل ﴾ القائل الفقيه يحيى ﴿ ولا تسقط ﴾ الغلة فى المستقبل ﴿ ما أسقطت ﴾ الرقبة شيئاً لأن الواقف وقف الرقبة عن الحق وسكت عن الغلة ولم يجعلها عن الحق وإنما صرفت تبعاً لمصرف الرقبة. ﴿ و ﴾ جاز ﴿ له ﴾ أى للواقف ﴿ بعد ﴾ ذلك ﴿ أن يعين مصرفها ﴾ فى ذلك الحق أو فى غيره ثم إذا عين مصرف الغلة فى مصرف الرقبة فإن نواه عن الحق عند كل إخراج أجزأه وتسقط مما عليه بقدره وإن لم ينوه فهو كما لو صرفه فى غيره. وقول الفقيه يحيى هو المقرر للمذهب والمعول عليه ولذا حولت عبارة

الأزهار ولا وجه لذكره بصيغة التضعيف كما قال الإمام عليه السلام قيل بناء على أنه خلاف المذهب كما توهمه وليس كذلك .

﴿ وحاصل المسئلة ﴾ على صور أربع :

﴿ الأولى ﴾ وقف الأرض والغلة عن الحق الواجب أجزأه وسقط عنه من الحق الواجب بقدر قيمة الأرض مسلوبة المنافع وتصرف الغلة عن ذلك ويسقط عنه بقدرها ولا يحتاج إلى نية عند إخراجها بل نية الوقف كافية ومتى سقط جميع ما عليه من الواجب عادت الأرض وقفاً للواقف أو وارثه .

﴿ الصورة الثانية ﴾ وقف الأرض عن ذلك الحق واستثنى الغلة لنفسه أو لغيره فلا يسقط عنه من الحق إلا بقيمة الأرض مسلوبة المنافع وإذا كانت الغلة مستثناة لنفسه فله متى شاء أن يجعلها عن الحق فتسقط عن الحق بقدرها عند التصرف ولا بد من النية عند كل صرف .

﴿ الصورة الثالثة ﴾ وقف الأرض عن ذلك الحق وسكت عن الغلة سقط عنه من الحق بقدر قيمة الأرض بمنافعها وتبعت الغلة مصرف الرقبة ولا تسقط من الحق شيئاً وله أن يعين الغلة عن ذلك الحق فتسقط بقدرها مع النية عند كل إخراج وله أيضاً تعيينها لمصرف آخر .

« الصورة الرابعة » وقف الأرض عن حق واستثنى الغلة عن حق آخر سقط عنه من الحق بقدر قيمة الرقبة مسلوبة المنافع وتسقط الغلة مما بذمته عند كل إخراج شيئاً فشيئاً حتى يسقط جميع ما عليه ثم تعود الغلة وقفاً للواقف أو وارثه لأنه يشبه زوال الوقت فى المؤقت فكأنه وقته بتمام الواجب .

« فإن قيل » كيف صح هنا وقف أرض لما شاء ويستثنى غلتها لما شاء ولم يصح وقف ما منافعه للغير كما تقدم أول فصل ٢٩٥ : « قلت » وقع الوقف هنا فى حالة واحدة ولم تكن منافعها مستحقة للغير قبل الوقف ، وفيما تقدم وقف وقد صارت

منافعها مستحقة للغير على سبيل الدوام .

﴿ مسئلة ﴾ قال القاضى العلامة أحمد بن ناصر الشجنى رحمه الله تعالى : فى جرى عادة الناس فى نقلة اليد فى الوقف فى جهات بلاد آنس . يقال : الذى جرى به العرف فى الجهة الآنسية وما يليها من تلك الجهات أن الواقف على المساجد يقف الأرض وتبقى تلك الموقوفة بيد وارث الواقف ويرد للمسجد الربع من الغلة إذا كانت الأرض الحرّ تؤجر بالنصف من الغلة فصار هذا عرفاً لهم ولا يقف الواقف إلا وقصده فى ذلك ما جرى به العرف وإن لم ينطق المالك وقد ينقله الوارث إلى غيره بعوض ويكون حكم الأرض الموقوفة فى يد من صارت إليه حكمها فى يد الوارث فهذا عرف شائع عندهم فيكون الزائد مستثنى للوارث أو لمن نقله الوارث إليه .

وقد ذكر فى تعليق الإفادة : أنه إذا وقف أرضاً على أن يمسكها فلان ويتصرف فيها لنفسه ويخرج من غلتها قفيزان موقوف عليه جاز ما فوق القفيزين من الغلة لنفسه وإذا صح له الاستثناء لنفسه صح جعل ذلك لغيره » .

وهذا العرف ليس بمختص بجهات آنس فان الضرائب الموضوعة على أرض الوقف فى اليمن الأسفل « أى جنوب اليمن » هذا حكمها فانه يجعل على الأرض جزءاً يسيراً بالنظر إلى جملة الغلة الحاصلة فى تلك الأرض والزائد استثناه الواقف للزارع رعاية لمصلحة أرض الوقف وهى صيانتها عن الإهمال لذلك الجزء المستثنى وإذا صح الاستثناء لهذا الوجه صح لغيره مما يعرف قصد الواقف لفظاً أو عرفاً ويقع فيها المعاوضة ولا يزال ينتقل من يد هذا إلى يد هذا .

وقال العلامة الشجنى مقرراً للمذهب : « وهذا وجه شرعى يجب المضى عليه والعمل بمقتضاه ولايجوز انتزاعها ممن هى تحت يده إلا لخيانة أو إهمال وإذا جاز انتزاعها إلى أى الوجهين لم يبطل حق صاحبها بل يؤجرها المتولى من يقيمها ويصير للموقوف

عليه ذلك القدر المتعارف به والزائد من أجرة الأرض على ذلك القدر يصير إلى من له الحق وهو الذى انتزعه من يده وكذلك الحكم لو أجرها من هي فى يده باختياره وليس هذا من نقلة اليد فى الوقف الخالص فتلك لا أصل لها إلا أن يكون ذلك الوقف الخالص له فيه غرامة يتوجه أخذ العوض عليها جاز له ذلك وإلا لم يحل أخذ العوض لمجرد نقل أرض الوقف الخالصة إلى يد الغير والله أعلم » . وقد قرر هـذا وصححه للمذهب الشريف من متأخرى شيوخ المذهب القاضى العلامة عبد القادر بن حسين الشويطر رحمه الله .

﴿٢٩٩﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان الأفعال التى يصير بها الملك وقفا وإن لم يلفظ صاحبها بالتسبيل وبيان شروط المسجد وحكمه : أما الطرف الأول فقد ذكره الإمام عليه السلام بقوله ﴿ ومن فعل فى شيء ﴾ من ملكه ﴿ ما ظاهره التسبيل ﴾ أى لا يفعل ذلك الفعل إلا من قصده التسبيل ﴿ خرج ﴾ بذلك ﴿ عن ملكه ﴾ ظاهراً أو باطناً وصار مع النية المقارنة وقفاً ﴿ كنصب جسر ﴾ أو قنطرة على نهر للعبور عليه ﴿ أو تعليق باب فى مسجد ﴾ سلسلة لمصابيحه أو تعليق خيط لنور كهربائه أو مدّ حصير أو نحوه فقد خرج عن ملكه وليس له الرجوع عنه إلا أن ينطق أنه عارية أو يكون عادته أخذ ما فعله وتثبت العادة بمرتين .

﴿فرع﴾ أما كسوة الكعبة فليست مسبلة كبسط المساجد إذ لم يقصد الكاسى وقفها لمعرفته استهلاكها بعد الحول مستمراً فلهذا جاز لبنى شيبة أخذها والتصرف بها كما هى عادتهم .

﴿ لا ﴾ لو علق فى المسجد ما تجرى العادة فى مثله بأن يوضع فى المسجد ثم يؤخذ ﴿ نحو قنديل ﴾ أى مصباح لم ينطه فى السلسلة حيث يصعب نزعه بل علقه فيها فإنه

لا يصير وقفاً. قال فى الكواكب: « والفارق بين هذه الأشياء العرف والعادة فما كان يوضع فى العادة للرفع والرد فهو عارية وما كان يوضع فى العادة لا للرفع فإنه يصير للمسجد أو نحوه فإن أراد به التسبيل كان وقفا ، وإن لم يرد به كان للمسجد ملكا » ﴿و﴾ كذلك ﴿لا﴾ يكون نحو ﴿اقتطاع﴾ عود من ملك أو مباح ﴿أو شراء﴾ شيئاً ﴿بنيته له﴾ أى ليجعله للمسجد موجباً كونه للمسجد حتى يحصل منه ما يقتضى خروج ذلك عن ملكه ، قال فى البيان: « والمختار أن ما شراه أو اقتطعه للمسجد فللمسجد وإن شراه أو اقتطعه ليجعله للمسجد فباق على ملكه » .

﴿و﴾ أما الطرف الثانى وهو ذكر شروط المسجد «فاعلم» أنها ﴿متى كملت شروط المسجد﴾ التى تأتى قريبا ﴿صح الوقف عليه﴾ وصار الوقف لمنافعه وإن اختل شرط منها لم يصح عليه كأن يقول وقفت على مسجد كذا وهو معدوم قبل وجوده .

﴿و﴾ من شروط المسجد المتبرة فى صحة الوقف عليه ﴿هى﴾ خمسة ـ والمعتبر بمذهب المسبل فى كونه مسجداً ـ

﴿الأول﴾ ﴿أن يلفظ﴾ من يصح منه الوقف فيقول وقفت أو حبست مكان كذا أو هذه العرصة ﴿بنية[1] تسبيله﴾ يعنى مع كونه مع اللفظ ناوياً للقربة بتسبيله ﴿سفلا وعلواً﴾ إذا كان العلو والسفل ثابتين له كالدار لأن حرمة المسجد من الثرى إلى الثريا فلو سبل السفل واستثنى العلو أو سكت عنه لم يصح وكذا فى العكس فإن سبل الجميع صح لا العرصة فلا يحتاج فى تسبيلها أن يقول سفلا وعلواً ﴿أو﴾ لم يتلفظ بالتسبيل فإنه يصير مسجداً بأن ﴿يبنيه ناوياً﴾ كونه مسجداً سواء كان فى ملكه أم فى مباح ويكون إحياء وتسبيلا وحد البناء ما تقدم فى الإحياء مع النية أو الفعل فلو نوى فى غير بناء لم يصح سواء كان البناء فى عرصة له أم فى مباح .

﴿و﴾ ﴿الشرط الثانى﴾ هو أن ﴿يفتح بابه إلى ما﴾ المسلمون لا ﴿الناس

(١) صوابه : « أن يسبله بألفاظ الوقف مع نية القربة » إذ النية لا يمكن النطق بها اهـ

فيه على سواء ﴾ فى الحال لا الاستقبال فلا يصح أن يجعل بابه إلى ملكه أو إلى شارع خاص بأهله وهكذا إذا وقف شيئا على المسلمين لا بد أن يجعل بابه إلى حق عام .

﴿ فرع ﴾ قال فى اللمعة : « وأما مساجد الحصون فتسبيلها صحيح سواء تقدمت عن الحصون أم تأخرت لأنها وإن منعت الصلاة فيها فهو لأمر آخر لا لأجل المسجد »

﴿ فرع ﴾ ومن وقف مسجدا لجماعة مخصوصين كالصوفية والاسماعيلية دون غيرهم فلا عبرة بتخصيصه ويجوز لغيرهم دخوله لقوله تعالى «ومن أظلم ممن منع مساجد الله » وقوله تعالى « وأن المساجد لله » الآية[1] فصار كالتوقيت فى أنه يلغو .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أنه لا بد ﴿ مع ﴾ البناء من ﴿ كونه فى ملك ﴾ للمسبل له ولو مشاعا ولا تصح الصلاة فيه حتى يقسم ﴿ أو ﴾ فى ﴿ مباح محض ﴾ أى لم يتعلق لأحد فيه حق بتحجر ولا غيره ﴿ أو ﴾ يبنيه فى ﴿ حق عام ﴾ والحق العام كالطريق الواسع والسوق ونحو ذلك فانه يصح أن يعمر بعضه مسجداً بشرطين : « الأول » أن يكون ﴿ بإذن الإمام ﴾ أو الحاكم لأن ولاية الحقوق العامة إليه فإن عمره بغير إذنه لم يصح فلو لم يكن فى الزمان إمام فبإذن من صلح لذلك لأن الإذن يصيره كالملك فيصح تسبيله . ﴿ و ﴾ « الثانى » أن ﴿ لا ﴾ يحصل ﴿ ضرر فيه ﴾ حالا أو مآلا نحو أن يضيق به الطريق أو السوق أو نحو ذلك فإن كان فيه ضرر لم يصح مسجداً ولم يكن للإمام أن يأذن فإن أذن جاهلا لاضراره فالواجب هدمه ويعود الحق كما كان عليه ويعود ما كان قد وقف عليه ملكا لانكشاف خلل التسبيل من أصله .

﴿ والرابع ﴾ أن يكون المسبل له بالغا عاقلا مسلما .

﴿ والخامس ﴾ أن يكون التسبيل عاما للمسلمين كما تقدم فلو استثنى واقفه جماعة من المسلمين ولو رجلا واحداً لم يصح ما لم يكن من أهل العاهات ونحوهم والصبيان .

---

(١) « ومن أظلم ممن منع مساجد الله » أشمل استدلالا من آية « وان المساجد لله » الآية لأن الأخيرة مفسرة بالجبهة واليدين والركبتين والقدمين على الوجه الحسن والله أعلم .

﴿ولا﴾ يجوز أن ﴿تحول آلاته﴾ وهي أحجاره وأخشابه وأبوابه إلى مسجد آخر ﴿و﴾ لا يجوز أن تحول ﴿أوقافه﴾ من أطيان وغيرها وسواء كانت موقوفة عليه لعمارته أم لفراشه أم نحو ذلك فإن تحويل ذلك لا يجوز إلى مسجد آخر ﴿بمصيره في قفر[1] ما بقي قراره﴾

---

(١) وللقاضي العلامة الحسين بن أحمد السياغي شارح مجموع الإمام زيد بن علي عليه السلام رسالة في هذه المسئلة وهي :

بسم الله الرحمن الرحيم والصلاة والسلام على رسوله الأمين وآله المطهرين .

(وبعد) فهذه المسئلة تشتمل على بيان الراجح من الأقوال فيمن أراد تحويل مسجد في قفر إلى بناء غيره من المساجد العامرة بوفور أهلها ، فنقول والله أعلم : في المسئلة قولان :

(أحدها) ــ وهو القول الراجح المؤيد بالبرهان الواضح ــ الجواز ، وهو مذهب الإمام القاسم بن إبراهيم وصاحب الوافي واختاره الإمام يحيى بن حمزة في الانتصار والإمام المتوكل على الله شرف الدين في الأثمار وأوضحه في الوابل المغزار ونصره العلامة الجلال في ضوء النهار ، وقرره من متأخرى شيوخ المذهب القاضي صارم الدين ابراهيم حثيث والسلامي .

والدليل عليه من وجوه :

(أحدها) فعل الصحابة رضي الله عنهم لما سرق بيت المال في الكوفة حال غفولهم في الصلاة أجمعوا إلى نقل المسجد إلى قرب بيت المال وهذا مشهور في سيرهم المتلقاة بالقبول والإجماع من أقوى الأدلة على المطلوب ولم ينقل عن أحد من أهل ذلك العصر نكيره ولا خلاف لما فعلوه .

(ثانيها) تحويل الرسول صلى الله عليه وآله وسلم لوقف عبد الله بن زيد لما جعله للنبي صلى الله عليه وآله وسلم فأمره أن يجعله لوالدته فإذا جاز نقل الوقف بعد تعيين مصرفه فجوازه مع بطلان نفعه لخلو الناس عنه لمصيره في محل قفر وتهدمه أولى وأحرى وهذه احدى الحجج القوية على جواز نقل المصالح إلى أصلح منها وهي راجعة إلى هذه المسئلة .

قال العلامة ابن حابس في مقصده الحسن : « والمصحح ــ للمذهب في ذلك على الجملة ــ الجواز ، وهو قول كثير من العلماء منهم الإمام المهدى أحمد بن الحسين ، والأمير الحسين صاحب الشفاء ، والإمام المطهر بن يحيى ، والإمام يحيى بن حمزة ، والإمام المهدى على بن محمد ، والإمام المهدى أحمد بن يحيى المرتضى ، والسيد الفاضل محمد بن جعفر بن القاسم العياني ، وخرجه على تخليل لمذهب القاسم عليه السلام ، واختاره الإمام المطهر محمد بن سليمان » .

وظاهر كلامهم عموم كل مصلحة . وأما ما توهمه السيد يحيى صاحب الياقوتة من أن المسجد مخصوص بالإجماع يعنى بعدم الجواز فغفلة عن تصفح الأدلة من فعل الصحابة وإجماعهم على جواز النقل ونصوص من ذكر من الأئمة كالقاسم ومن تابعه كما نقلناه آنفاً .

وهل العرصة التى يصلى فيها المصلون ولو ما يسع واحداً ولا يشترط رجاء الانتفاع به

(وثالثها) إشراك النبي صلى الله عليه وآله وسلم علياً عليه السلام فى هديه بعد أن عينه له كما هو مذكور فى صفة حجه صلى الله عليه وآله وسلم عند الستة وغيرهم ففيه دليل على جواز نقل ما تعين مصرفه إلى غيره .

(ورابعها) أنا إذا تنزلنا وسلمنا أن النصوص مفقودة على صحة هـذا المذهب فهو جار على وفق المصالح المرسلة المعتبرة عند أئمتنا عليهم السلام وجمهور علماء المسلمين وهو المسمى بالقياس المرسل ومن نظر أحكام الوقف ومسائله وجدها تدور مع اعتبار المصالح ودفع المفاسد وهو اتفاق عند من يجيز نقل المصلحة إلى أصلح منها ومن لا يجيزه. وقد صرح الإمام المهدى عليـه السلام فى آخر كتاب الوقف من البحر الزخار ناقلا عن الإمام يحيي بن حمزة عليه السلام أن أكثر ماذكرناه فى الوقف رعاية للمصلحة ومراعاتها طريق شرعى وساق الأشباه والنظائر فيما كان التحويل فيه على ملاحظة المصالح فإذا كان ذلك معتبراً فى نقـل مصلحة إلى أصلح منها ففيما فقدت مصلحته وبطل الانتفاع به يكون اعتباره بالأولى والأحرى .

فـكل عاقل فضلا عمن له أدنى مسكة من علم يقطع بأن الميت الواقف لو علم بما آل إليه بناؤه من الذهاب والخراب وأن فى تحويل آلته إلى غيره نفعاً عائداً عليه وثواباً واصلا إليه لما كان مراده إلا ذلك ولـكان فى ترك هـذا القصد مع إمكانه إساءة إليه وتضييع لحقه فى وقت هو أحوج ما يكون إليه ولم يكن القادر على ذلك ممن امتثل أمر الله عز وجـل بقوله (وتعاونوا على البر والتقوى) ولهذا جعلوا أمر المصالح والتصرف فيها إلى الإمام لـكان ولايته العامة .

قال الإمام المؤيد بالله يحيي بن حمزة عليه السلام « دليل جواز نقل المصالح قطعى لأن المعلوم من النبي صلى الله عليه وآله وسلم ومن الصحابة والتابعين تحرى الأصلح ويلزم من ذلك إلغاء الأرجح من الدليلين فيبطل باب الترجيح ويلزم إلغاء الأحوط إلى غير ذلك » ، (قلت) « ونصوص كثير من علماء الطوائف تدل على ذلك فقد خرج للشافعى رحمه الله من قوله : « ان المسجد لو صار فى قفر بحيث لا ينتفع به جاز بيعه وعمارة مسجد عند الحى » وكذلك علامة الحنابلة ابن قيم الجوزية بسط القول فى كتبه فى تقرير هذا المذهب بمـا لا مزيد عليه ومن ذلك ما ذكره فى كتابه أعلام الموقعين « أنه إذا كان فى التحويل قربة وهو راجح على خلافه فلينظر هل يفوت بالتزامه والتقيد به ما هو أحب إلى الله ورسوله وأرضى له وأنفع للمكلف وأعظم تحصيلا لمقصود الواقف من الأجر فإن فات ذلك بالتزامه لم يجب التزامه ولا التقيد به قطعا وجاز العدول بل يستحب إلى ما هو أحب إلى الله ورسوله وأنفع للمكلف وأكثر تحصيلا لمقصود الواقف » اهـ المراد منه .

وأما الحنفية فهم مشترطون لنفوذ الوقف أن يحكم به حاكم أو يكون خارجاً مخرج الوصية ومساجد الزيدية وأوقافها فى الديار اليمنية وغيرها خالية عن هـذا وإيراد كلام هؤلاء زيادة فى

هذا هو المختار للمذهب ، وعند القاسم والإمام يحيى والوافى أن المسجد إذا صار فى

الاستظهار وإلا ففيما ذكرناه من الدلائل وأقوال الأفاضل كفاية وافية عند الناظر بعين الإنصاف والتنكب عن التعصب والاعتساف .

(المذهب الثانى) القول بعدم الجواز وهو صريح قول الإمام فى الأزهار (ولا تحول آلاته وأوقافه بمصيره فى قفر ما بقى قراره) وذهب إليه بعض الأئمة والفقهاء من أصحابنا والحجة عليه من وجهين : أحدهما أن القربة قد تعلقت بالعرصة فلا يجوز تحويلها ، وثانيهما : منع أمير المؤمنين على عليه السلام لعمر بن الخطاب رضى الله عنه عن أخذه حلى الكعبة .

(والجواب) على الحجة الأولى من وجوه :

(أحدها) أن تعلق القربة بالعرصة كالمشروط بدوام نفعها واستثمار بركتها وحاجة الناس إليها للصلاة والذكر وقراءة القرآن وهو مقصود الواقف من إنشائها ووضعها فإذا عطلت هذه وتعطلت عن جميع منافعه لأجله فأى قربة يجب اعتبارها ويلزم مراعاتها ؟ ففيه من التحكم ما لا يخفى على المنصف المتيقظ ، ولو فرضنا أن مراد الواقف بقاء ما فعله ولو بلغ إلى أى حالة يكون عليها ولا يريد نقلها إلى أصلح منها لحمل على ما يقدح فى عدالته ويضع من ديانته وأمانته وهو زهده فى الثواب كما ذكروا فيمن تأخر عن أول صف فى الجماعة مع إمكانه أن ذلك جرح فى عدالته لزهده فى الثواب كما حققه فى المقصد الحسن .

(وثانيها) أن ماذكروه مناسبة مجردة وقد عرف فى أصول الفقه أن المناسبة المجردة لا تثبت الحكم وإنما هى لحكمة الحكم بعد ثبوته بدليله بناء على أن كل حكم جار على ما تقتضيه دواعى الحكمة والصلاح وجهلنا لبعضها فى بعض الأحكام لا يقدح فيها بعد تقرير كونها مبنية على الحكم والمصالح وفيما نحن فيه الحكم الشرعى مفقود فلا وجه لتطلب المناسبة . كيف والدليل الواضح والبرهان اللائح قائم على خلافه .

(ثالثها) أنا إذا جعلناها من القياس المرسل وهو معنى القول بالمصالح المرسلة فمن شرطها أن لا تصادم نصاً ولا إجماعاً والنصوص فيما ذهبنا إليه قائمة وأقوال العلماء متظافرة كما مر تفصيله .

وأما الحجة الثانية وهو منع أمير المؤمنين عليه السلام لعمر عن أخذه حلى الكعبة .

« فالجواب » أن العلة فى المنع أن فى أخذها اغراء للظلمة كفعل عمر عند تمكنهم من ذلك والأولى تبقية حرمة هذا البيت فلم ينكر كرم الله وجهه نقل المصلحة بل رأى أن فى ذلك مفسدة تعارض تلك المصلحة ، ومثله ذكره العلامة ابن حابس رحمه الله . وقد يجاب أيضاً أن الحامل له على الترك هو ما حمل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم على تركه للبيت على عمارة الجاهلية وترك كنزه كما دل عليه حديث عائشة رضى الله عنها قالت سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يقول : « لولا إن قومك حديثو عهد بجاهلية » أو قال « بكفر لأنفقت كنز الكعبة فى سبيل الله ولجعلت بابها

قفر جاز هدمه ونقله إلى موضع آخر قرب الحى واختاره الإمام شرف الدين وقرره من متأخرى شيوخ المذهب المفتى والسلامى وحثيث والشامى . ﴿ فإن ذهب ﴾ قرار المسجد بأن خدده السيل أو نحوه حتى صار على وجه لا يصلى فيـه واحد ﴿ عاد ﴾ المسجد وما وقف عليه ﴿ لـكل ﴾ من الواقف إن كان حيا أو وارثه إن كان ميتا ﴿ ما وقف ﴾ ذلك الشخص أو ورث ﴿ وقفا ﴾ عليهم لا ملـكا ويكون بينهم على فرائض الله إن عرفوا وإلا فللفقراء ، وأما أملاك المسجد من الغلات ونحوها فيجب حفظها ويجوز صرفها فى المصالح فإن عاد المسجد ضمن المتـولى ما صرفه للمصالح لانـكشاف تفريطه .

بالأرض ولأدخلت فيها من الحجر » أخرجه مسلم . فنى هذا الحديث دليل على الجواز وبيان أن الترك كان لعذر زال ، فليس فى هـــذه الحجة دليل على المطلوب ولذلك قال الإمام عليه السلام فى البحر بعد سياق دليل هذا المذهب « وهو ضعيف عندى وأدلة الجواز أظهر ومنه تحويل وقف عبد الله إلى والدته » .

فأفاد الإمام عليـــه السلام أنه يختار الجواز وأن ما ذكره فى الأزهار جرى على كلام بعض الأصحاب . وعلى الجملة فهذه من المسائل الاجتهادية التى لا حرج على المجتهد فى ترجيح ما قوى فى نظره ولا يخفى على الناظر الموفق أن المذهب الأول هو المنصور بالأدلة الناهضة وأن الثانى مبنى على المآخذ الغامضة وإن كان الـكل بحمد الله فى السفينة لـكن لا يجوز لمن له أهلية النظر أن يعدل عما صح لديه وقامت الأدلة عليه ولقد بلغ من بعض المتفقهة تجهيل من أفتى بذلك المذهب ولست أدرى على أى وجـــه أحله فإن كان جاهلا لمواقع النظر وكلام علماء الـكتاب والأثر فحقيق بأن لا يجاب عنه بل يرشد إلى البحث والتفتيش لأقاويل العلماء إن كان من أهل هذا الشأن ، وإن كان يريد الانتقاص والحط من جانب من أفتى بهذا القول فعلم المفتى وورعه وتحريه فى أحكام الله عز وجل أعظم من أن يلتمس لها البيان أو يقام عليها البرهان .

وفى تعب من يحسد الشمس نورها ويجهد أن يأتى لهـا بضريب

فنسأل الله تعالى التوفيق إلى رضاه وتقواه وأن يعيذنا من شرور أنفسنا وسيآت أعمالنا والحمد لله وحده وصلى الله على سيدنا محمد وآله وسلم . حرره الفقير إلى الله « حسين بن أحمد الحيمى السياغى » فى اليوم الثالث من رجب سنة ١٢١٣ هـ . من كتاب (مساجد صنعاء) المطبوع بها لجامعه العالم الأديب البحاثة الحاج محمد بن أحمد الحجرى .

﴿ فرع ﴾ وإذا صار المسجد فى قفر وخشى على آلاته من أبواب وأخشاب وفراش ونحو ذلك من الرياح والأمطار أو اللصوص أن يأخذوها فلا يجب رفعها ويجب حراستها وتعاهدها وإن أخذت وجب إبدالها من أملاك المسجد .

﴿٣٠٠﴾ ﴿ فصل ﴾

فى أحكام المسجد إذا انهدم : ﴿ و ﴾ اعلم أنه يجوز ﴿ لكل ﴾ من الناس سواء كان له ولاية أم لا ولو فاسقاً ﴿ اعادة ﴾ ذلك ﴿ المنهدم ﴾ فإن كان من مال المعيد فلا يحتاج إلى ولاية كما لو أراد أن يحدث مسجداً مالم يكن فيها تهاون بأمر ذى الولاية وإن كان من مال المسجد فلا بد من أمر ذى الولاية مع وجوده وإن بعد .

﴿ فرع ﴾ ويصح من الكافر ـ كما هو ظاهر الأزهار ـ ترميم المنهدم من المسجد إما بأنقاضه ويسلم الأجرة فلا إشكال فى صحة ذلك وإما بآلات منه فالمختار صحة ذلك ولا يكون له رفعها إذ قد خرجت عن ملكه ويكون ملكا للمسجد من باب فعل ماظاهره التسبيل وهو يصح ولو من كافر .

﴿ فرع ﴾ وإذا أبدل باب المسجد أو شىء من أخشابه أو غيرها بأجود منه وبقى الأول لا حاجة فيه للمسجد جاز بيعه ولو كان وقفاً وصرف ثمنه فى مصالح المسجد .

﴿ ولو ﴾ كان المعاد من المحسن ﴿ دون الأول ﴾ قدراً وصفة ولو لما يسع واحداً جاز ذلك حيث لم يكن للمسجد مال يتمكن من إعادته كما كان ولا وجد من يبذل ماله لذلك ولم يؤدّ ذلك الاقتصار إلى تساهل المتولى أو إلى تغريم الوقف . ﴿ و ﴾ يجوز لكل من آحاد المسلمين ﴿ نقضه[1] ﴾ أى نقض المسجد وكذا كل وقف عام

---

(١) بالشروط الخمسة المتقدمة فى الكتاب اه .

﴿ للتوسيع ﴾ طولاً أو عرضاً أو علوّاً أو مجموعها سواء كان التوسيع من مال المسجد أم من الغير جاز ذلك بشرطين :

﴿ أحدهما ﴾ أن يكون ذلك ﴿ مع الحاجة ﴾ إلى توسيعه أو يكون مهجورا ويظن أنه إذا زيد فيه قصده الناس ورغبوا فيه ولو كان القاصد واحدا .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ أن يكون الهدم مع ﴿ ظن إمكان الإعادة ﴾ من ماله أو من مال المسجد وإذا مات بعد النقض وجب إتمامه من تركته أوصى أو لم يوص كالدين ولا يحتاج إلى إذن ذى الولاية مالم يكن التوسيع من مال المسجد أو فى ماله فلا بد من أمر ذى الولاية بذلك ﴿ ولا إثم ﴾ على الهادم ﴿ ولا ضمان إن عجز ﴾ عن الإعادة بعد غلبة الظن أنه يقدر عليها ويعيده إن تمكن فإن كان قد عمر من مال المسجد أو غيره فى حال فقر الهادم للإعادة ثم قدر بعد ذلك فلا غرامة .

﴿ ويشرك[1] اللحيق ﴾ بالمسجد والملحق فيه ﴿ فى المنافع ﴾ المستحقة لعرصة المسجد المتقدمة كالأوقاف الموقوفة عليه وكذا يشتركان فى منافع الملحق بالمسجد حيث كان قد وقف عليه شيء « إلا لقصد » من الواقف على أحدهما فلا يشتركان فى منافعه إذ يجب امتثال ما فعله الوقف والموصى ولو بالقصد ولا يكون حكم اللحيق كالأصل من كل وجه بدليل أنه إذا تلف الأصل بأن خدده السيل أو نحوه بطل صرف المنافع فى اللحيق وعاد الوقف للواقف أو وارثه وكذا إذا خرب اللحيق فلا يعمر من الوقف بل من الغلات أو الثلث للمسجد وهو يفهم من قوله ويشرك اللحيق فى المنافع مفهومه لا الأعيان .

﴿ و ﴾ يجوز ﴿ للمتولى كسب مستغل[2] ﴾ للمسجد ﴿ بفاضل غلته ﴾ أى غلة

(١) عبارة الفتح : « ويشتركان فى المنافع » وفائدته لو وقف على الآخر إشتركا فيه وهى أجود من عبارة الأزهار اهـ

(٢) وكذا غير المستغل نحو مخزن لحفظ المستغل وسلاح إذا كان المسجد يخشى عليه من العدو وعلى ماله فإنه يجوز كسب ذلك اهـ

ماهو له وقف أو وصية والفضلة هى التى لايحتاجها المسجد لعمارته وفرش وسراج وأجرة سادن وغير ذلك من الدخل إلى الدخل ﴿ ولو ﴾ كسب المستغل ﴿ بمؤنة منارة ﴾ أى بأنقاضها من آجرّ أو أحجار وأخشاب بعد خرابها وعدم نفعها فى المقصود إذا كانت المنارة ﴿ عمرت منها ﴾ أى من غلة المسجد والمسجد غير محتاج إليها فى مصالحه ، فإن كان المسجد محتاجا إلى أنقاض المنارة أو كانت من غير غلة المسجد لم يجز كسب مستغل بأنقاضها ولا إصلاح المسجد بها إذا كانت من غير غلته لأنه لايستحقها بل تحفظ لإصلاح المنارة ﴿ ولا يصير ﴾ ما اكتسب المتولى للمسجد من غلته ﴿ وقفاً ﴾ على المسجد ولو وقفه المتولى بل ملكا للمسجد يجوز بيعه لحاجة المسجد وما التبس الحال فيه هل هو وقف على المسجد أو ملك له فالأصح أنه ملك .

﴿ و ﴾ يجوز للمتولى أيضاً ﴿ صرف ماقيل فيه هذا للمسجد ﴾ أو للمهل يعنى وقفاً أو وصية أو نذرا أو إقرارا أو هبة ﴿ أو لمنافعه أو لعمارته ﴾ جاز للمتولى أن يصرف ذلك ﴿ فيما يزيد فى إحيائه كالتدريس ﴾ يعنى كإطعام المدرسين للعلم فى المسجد والطلبة ومن وقف فيه للذكر وأقل الوقوف قدر ركعتين أو مايقوم مقامهما ويعمل بالعرف فى دخول أهل ذلك المحل فى الإطعام وفى وقته وفى الأكل فى المسجد وجواز الخروج به ويطعمه الغير ونحو ذلك مما يكون العرف شاملاً له على أنه إحياء فى مصالح المسجد إلا أن يكون الأكل فى المسجد يشغل المصلى أو يتلوث من فضلات الطعام فلا يجوز الأكل فيه لأن المساجد ليست بيوتا للسكنى ولا مطعماً للأكل ولا محلا للارتزاق ولكن للذكر والعبادة فى أوقاتها[1] ولهذا قد يرغب كثير من

(١) أما الجلوس فى المسجد فى غير أوقات الصلاة ليتكفف الجالس الناس كما اعتاد ذلك أهل الكسل عن السعى والعمل فغير حسن لأن شأن المسلم الجد والعمل لا الضعف والكسل . وقد روى عن أبى سعيد الخدرى رضى الله عنه قال : « دخل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم

المسلمين عن الصلاة فى بعض المساجد لتأذيهم بفضلات الطعام أو برائحته ، وللمتولى أن يشترى مصحفا للمسجد وكذا كتب الهداية وكل ما فيه إحياء المسجد من فراش وسراج وماء ودار بقربه لسادنه وغير ذلك .

﴿ إلا ماقصره الواقف ﴾ لفظا أو عرفا ﴿ على منفعة معينة ﴾ وجب امتثال ذلك ولم يجز أن يصرفه فى غيرها فإن التبس على أى وجه وقف حمل على المطلق فيجوز فى جميع مصالح المسجد . ﴿ و ﴾ يجوز للمتولى أيضا ﴿ فعل مايدعو ﴾ المسلمين ويرغبهم ﴿ إليه ﴾ ولو واحدا كالمنارة والمنازل للعلماء والمتعلمين محرزة بأبوابها ونوافذها مبيضة بحيث تكون مرغوبة للإقامة فيها وتبييض المسجد بجص أو غيره وفرشه بفراش جديد وتجديد مائه أوقات الصلاة وأن يكون جاريا وتسريجه بنور الكهرباء وتغليق أبوابه ونوافذه أيام البرد وتدفيئته بإيقاد النار[١] ولو اسود بياضه والفحم أولى من الحطب أو بالمدفئات الحديثة أوقات الصلاة فى الأرض الباردة إن أمكن وفتح أبوابه ونوافذه أيام الصيف وتبريده أوقات الصلاة إذا كان فى أرض حارة بالمراوح الحديثة أيضا وغير ذلك مما يستحسن فعله زمانا ومكانا ، ويؤمن راحة المصلى بحيث يتمكن من أداء الصلاة فى جماعة بسكينة وخشوع كما ينبغى إذ المقصود من المساجد أداء الصلاة جماعة فيها لحكم بالغة ومزايا جمة :

ذات يوم المسجد فاذا هو برجل من الأنصار يقال له أبو أمامة جالساً فيه ، فقال يا أبا أمامة ـ ى أراك جالساً فى غير وقت الصلاة ؟ قال هموم لزمتنى وديون يا رسول الله ، فقال : ألا أعلمك كلاما إذا قلته أذهب الله عز وجل همك وقضى دينك ؟ فقلت بلى يارسول الله . قال قل إذا أصبحت وإذا أمسيت : اللهم إنى أعوذ بك من الهم والحزن ، وأعوذ بك من العجز والكسل ، وأعوذ بك من البخل والجبن ، وأعوذ بك من غلبة الدين وقهر الرجال . قال فقلت ذلك فأذهب الله همى وقضى عنى دينى » رواه أبو داود ، والحديث يرشد إلى الجد فى العمل وهجر العجز والكسل اهـ .

(١) يستفاد من البيان حكاه عن شمس الشريعة اهـ .

« منها » أن القيام بها تأليف بين المسلمين وجمع لقلوبهم فى أكبر عبادة مهذبة للنفوس مرقية للشعور مذكرة بالواجب معلقة الآمال بالكبير المتعال . « ومنها » أن الأمير يقف بجانب الصغير والغنى بجانب الفقير والخصم يقف بجانب عدوه فتتساوى الرؤوس كما تساوت الأقدام فى الصفوف وإذ ذاك تنسى ضغائن القلوب ومظاهر الترف التى كثيراً ما فتنت الناس وفرقت شملهم وأبادت عزهم . « ومنها » يتعلمون من الإمام الدين بطريق عملى ونظرى بما يزودهم به من النصائح عقب الصلوات . « ومنها » تستفاد معنى الوحدة والتمرين على الأعمال المشتركة والتدريب على مواقف الحرب تحت قائد واحد ، وفى صلاة الجماعة أيضاً حركة بالسعي إلى المساجد فى الصلوات الخمس فيزول الكسل ويحلو العمل ويكتسب المصلى الصحة بتلك الرياضة واستنشاق الهواء النقى فى صلاة الفجر ، وفى صلاة الجماعة سهولة إعلام الناس بالأمور العامة والحوادث المهمة وتبادل الآراء فى مؤتمرهم المتكرر فى اليوم والليلة خمس مرات وغير ذلك من مزاياها .

﴿ و ﴾ يجوز لمتولى المسجد أيضاً ﴿ تزيين محرابه[1] وتسريجه ﴾ ولو ﴿ لمجرد القراءة ونسخ كتب الهداية ﴾ وإن لم يكن وقت صلاة ولا ثمة مصل ولو لأجل قراءة اللغة لأنها آلة القرآن والسنة وهى من جملة علوم الاجتهاد ﴿ ولو ﴾ كانت الكتب المنسوخة ملكا ﴿ للناسخ ﴾ ولو للبيع لأن نفس النسخ قربة ، وعلى الجملة كلما حصل فيه وجه قربة جاز . و ﴿ لا ﴾ يجوز تسريجه ﴿ لمباح ﴾ من كتابة وخياطة ونحوهما إلا أن يدخل المباح تبعاً للطاعة فإن ذلك جائز نحو أن تسرج للصلاة فيخيط تحت سراج انتظارا للطاعة جاز وأما لو أراد أن ينتظر الطاعة وطلب أن يسرج له ليفعل المباح فلا يجوز ﴿ أو ﴾ يكون ﴿ خاليا ﴾ من الناس فلا يجوز أيضا إلا أن يكون من نذر على

---

(١) (مسئلة) ويكره كتابة الأشعار والأمثال فى جدر المسجد وكذلك تعليق أوراق الحجج فيه وهى تكون باقية على ملك مالكيها « وإذا أخذها آخذ برئ بردها إليه اهـ بيان ومعيار

المسجد أو وصية جاز بقاؤه إلى الصباح وإن لم يكن فى المسجد أحد إن قصد الناذر أو الموصى ذلك أو جرى عرف به .

﴿ فرع ﴾ إذا صب المتولى للمسجد النفط وهو الدهن المدنى المعروف بالغاز أو غيره من الأدهان فأشعل الغير الفتيلة بغير إذن ضمن إلا أن يتراخى المتولى عن الوقف المعتاد فلا ضمان . فإن صب أجنبى وأشعل آخر ضمنا وقرار الضمان على المشعل للفتيلة إن تأخر وإلا فعلى المتأخر ، فإن فعلا معا فعليهما . وأما ضمان الفتيلة فعلى المشعل فإن التبس أيهما المتقدم فنصفان وإن التبس المتقدم بعد أن علم فلا شىء لأن الأصل براءة الذمة .

﴿ فرع ﴾ آخر إذا خرج المصلون وأهل الطاعات من المسجد وجب على الآخر إطفاء سراجه إن لم يحضر المتولى لأنه من باب تضييق الحادثة فإن لم يفعل بل ترك السراج كما هو لم يضمن لأنه لم يقبض بل يأثم فقط .

﴿ و ﴾ المسجد ﴿من نجسه﴾ ولو صغيراً أو مجنوناً ﴿ فعليه أرش النقص ﴾ الحاصل بالتنجيس أو بالغسل إن لم ينقص بمجرد التنجيس ﴿ و ﴾ عليه أيضاً أجرة الغسل للمسجد يسلمها إلى المتولى سواء كان متعدياً بالتنجيس أم غير متعد بأن يضطر إلى النوم فى المسجد فيحتلم أو يبول أو يرعف فإن اضطراره لا يبطل ضمانه . فإن كان الذى غسله ممن لا ولاية له ضمن ما نقص الغسل لأنه مباشر ولا شىء على المسبب مع المباشر . وإن كان له ولاية فما نقص بالغسل يكون على المنجس وهو الأصح لأن الغاسل هنا غير متعد ﴿ و ﴾ المنجس ﴿ لا يتولاه ﴾ أى الغسل ﴿ إلا بولاية ﴾ من المتولى إلا لمفسدة كثوران فتنة أو تهمة أو تراخى المتولى حتى خشى تعدى النجاسة أو التباسها وجب عليه غسله وتسقط عنه الأجرة ويلزمه أرش النقص ﴿ فإن فعل ﴾ الغسل بلا مسوغ ولا ولاية له ﴿ لم يسقطا ﴾ عنه أى أرش النقص وأجرة الغسل وهما للمسجد لأنهما قد تعلقا بذمته وفعله لا يسقطهما عن ذمته لأنه كالمتبرع .

﴿ فرع ﴾ فإن لم تكن نجاسة فى مذهب المتولى وأهل جهته كالمنى فإذا كان منجس المسجد به هدويا يرى تنجيسه به والمتولى وأهل جهته شوافع فلا يجب على المنجس إعلامه لعدم الفائدة بل يغسله عملا بمذهبه ويلزمه أرش النقص لا أجرة الغسل .

﴿ فرع ﴾ وتنجيس المسجد يخالف تنجيس ثوب الغير إذ من نجس ثوب الغير لم يلزمه إلا أرش النقص فقط لا أجرة الغسل . لأن تنجيس المسجد فساد يجب إصلاحه بخلاف ثوب الغير .

﴿ فرع ﴾ ومن توهم أنه نجس المسجد لم يكن له أن يغسله إلا إذا تيقن ذلك وهو أن يحصل له علم يقين على أصل المذهب فى العلم بالنجاسة وأما المتولى فله غسله من دون وهم أيضا إذا كان فى ذلك زيادة ترغيب للمضلين أو يكون سببا لإقبالهم على المسجد .

﴿٣٠١﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ وولاية الوقف إلى الواقف[1] ﴾ له لأنه أولى من غيره جزاء لإحسانه . وحقيقة الولاية « هو حصول المكلف على صفة مخصوصة لولاها لم يكن له الفعل » ﴿ ثم ﴾ إلى ﴿ منصوبه ﴾ بعد موته سواء كان ﴿ وصيا ﴾ للواقف فى الوقف وغيره ﴿ أو وليا ﴾ للواقف فى الوقف فقط ، فلو أقام متوليا وجعل له وصيا فهما سواء فى ولايته ﴿ ثم ﴾ إذا كان الواقف غير باق ولا وصى ولا متولى له من جهته انتقلت الولاية إلى ﴿ الموقوف عليه ﴾ أو وارثه إذا كان قد مات بشرط أن يكون الموقوف عليه آدميا ﴿ معينا ﴾ يصح تصرفه أما واحداً أو متعدداً منحصراً .

﴿ فرع ﴾ ولا ولاية لوارث الواقف إلا فيما أوصى بوقفه بعد موته أو كان

---

(١) ولا ولاية لوارث الواقف إلا فيما أوصى بوقفه بعد موته أو كان الوارث موقوفا عليه أو وصيا للواقف .لا إن نفذ الوقف فى حياته ومات ولا وصى له فلا ولاية الورثته اه

الوارث موقوفا عليه أو وصيا للواقف لا أن نفذ الواقف فى حياته ومات ولا وصى له فلا ولاية لورثته .

﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن ثمة واقف ولا منصوب من جهته ولا موقوف عليه معين يصح تصرفه كانت الولاية إلى ﴿ الإمام ﴾ الأعظم ﴿ والحاكم ﴾ من جهته إذا كانت ولايته عامة من الإمام فى القضاء وغيره لا إن كانت مقصورة على القضاء مثلا فلا ولاية له فى ذلك فإن لم يوجد إمام ولا حاكم كانت الولاية للمحتسب ويكون أولى من غيره ممن صلح من أهل المحل فإن لم يكن ثمة محتسب فإلى من صلح من المسلمين لذلك .

﴿ مسئلة ﴾ لو جرى العرف أن الواقف لا يقف إلا وقصده أن يكون الوقف تحت يد أولاده أو نحوهم وإلا لم يرض بخروجه عن ملكه كما هو العرف فى بعض الجهات ، فكأنه أوصى عليهم بنصف الغلة على القيام بالنصف الآخر فيكون الوارث حينئذ أولى من الموقوف عليه ولو طلب الموقوف عليه أن يفعل بغير أجرة لأن الوارث قد صار وصيا للواقف موصى له بالنصف فى مقابلة القيام ولا يحتاج إلى ولاية ولا يعزل إلا إذا تقرر إهماله أو خيانته كما سبق أوضح من هذا آخر فصل ٢٩٨

﴿ فرع ﴾ لو جعل الواقف ولاية الموقوف للأفضل فالأفضل من أولاده أو من أهل بلده كانت الولاية للأفضل وإذا حدث فاضل بعد لم يستحق شيئا لتقدم غيره واستحقاقه للولاية قبله ولو شاركه فى الفضل إلا أن يعزل نفسه أو تتغير حالة الفاضل فيصير مفضولا انتقلت الولاية إلى الأفضل .

﴿ مسئلة ﴾ إذا تنازع ذو الولاية للوقف والمتولى للمسجد أيهما يحرث الوقف ويبقى تحت يده فمن طلب ذلك بغير أجرة أو بأقل فهو أولى وإن طلبا معا بغير أجرة أو بأجرة متساوية فمتولى الوقف أقدم بذلك كالحضانة .

﴿ ولا ﴾ يجوز لذى الولاية الكبرى كالإمام والحاكم أن ﴿ يعترضا من مر ﴾ ممن له ولاية الوقف من واقف أو منصوبه أو موقوف عليه معين مهما قام بواجبه ﴿ إلا لخيانة ﴾ تظهر منهم فيعزلون للخيانة فالخيانة من المتولى تكون بأخذ بعض الغلة إن لم يكن مصرفا وإن كان مصرفا فبأن يستهلك الغلة مع حاجة الوقف إليها أو يحاول بيع الوقف أو رهنه ﴿ أو ﴾ يكون المتولى غير خائن إلا أنه ربما عجز عن القيام بما يتوجه عليه لكثرة ما تولاه أو يكون غير بصير أولا معرفة له فان الإمام والحاكم يعترضان له ﴿ بإعانة ﴾ أى بإقامة من يعينه أو يكون وكيلا لا وليا ولا يعزلان المتولى

﴿ وتعتبر العدالة ﴾ فى أهل الولايات من أهل الأوقاف والمساجد والحقوق وغيرها كما اعتبرت فى الإمام والحاكم فلو كان فاسقا أو غير عدل لم تصح ولايته ولو على وقف نفسه ﴿ على الأصح ﴾ من القولين ﴿ ومن اعتبرت ﴾ العدالة ﴿ فيه ﴾ من أهل الولاية ﴿ ففسق ﴾ واختلت عدالته بطلت ولايته فإذا تاب ﴿ عادت ولايته ﴾ أما ﴿ الأصلية ﴾ وهى ولاية الإمام والأب والجد والواقف والوارث والقاضى من جهة الصلاحية والمحتسب من جهة الصلاحية فتعود ﴿ بمجرد التوبة ﴾ عما أذنبه ولو كان بطلان الولاية بحكم الحاكم ولا يحتاج إلى اختبار ولا إلى تجديد عقد ولاية ﴿ كالإمام ﴾ ونحوه ممن ذكرنا أولا إذا فسق فلا يحتاج إلى اختبار ولا إلى تجديد دعوة فى حق الإمام بل تكفيه وغيره لعود توليته التوبة سواء كان الفسق سرا أم جهرا .

﴿ و ﴾ أما الولاية ﴿ المستفادة ﴾ من الغير ﴿ كالحاكم ﴾ من جهة الإمام وكل من تولى من جهة غيره كالوصى والموقوف عليه والمتولى من جهة الإمام أو الحاكم أو الواقف فلا تعود الولاية بمجرد التوبة فى حق هؤلاء بل ﴿ بها مع تجديد التولية والاختبار ﴾ سنة فيما يوجب الفسق فقط وفيما لا يجب تعود بمجرد التوبة . قال ﴿ المؤيد ﴾ بالله ﴿ إلا الوصى ﴾ إذا فسق ثم تاب ﴿ قبل الحكم بالعزل فكالإمام ﴾ تعود ولايته بمجرد التوبة

ولا يحتاج إلى تجديد توليـة ولا اختيار . والمختار أن الوصى كغيره من سائر من ولايته مستفادة أنهـا لا تعود بمجرد التوبة بل لا بد من تولية جديدة ممن له الولاية من إمام أو غيره وسواء كان بطلان ولايته بحكم حاكم أم لا ، وأما عود ولايته من الموصى فتتعذر .

﴿ وتبطل تولية أصلها ﴾ من ﴿ الإمام ﴾ الأعظم أو من المحتسب أو من حاكم الصلاحية أو من الواقف ﴿ بموته ﴾ أو بطلان ولايته بأى وجه ﴿ ما تدارجت ﴾ تلك التولية ﴿ وإن بقى ﴾ على الحياة ﴿ الوسائط ﴾ كأن يولى الإمام واليا مفوضا فولى ذلك الوالى واليا فانه إذا مات الإمام بطلت ولاية الجميع ولو بقى الواسطة حيا ﴿لا العكس﴾ وهو حيث مات الواسطة وبقى الإمام فولاية الأخير لا تبطل لأن أصلها من الإمام .

﴿ و ﴾ يجوز ﴿ لمن صلح لشىء ﴾ من حكم أو ولاية على وقف أو مسجد أو غيرها ﴿ ولا إمام ﴾ ولا محتسب فى بلد الولاية أو كان ولا تنفذ أوامره ﴿ فعله بلا نصب ﴾ من الخمسة ﴿ على الأصح ﴾ من المذهبين ولو مع وجود من هو أصلح منه ، وأما مع وجود الإمام حيث تنفذ أوامره فلا يصح فعله إلا بولاية منه . أو بتحكيم الغرماء للقضاء بينهم .

﴿٣٠٢﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان ما يجوز للمتولى فعله ﴿ و ﴾ هى عشرة أمور :

﴿ الأول ﴾ أنه يجوز ﴿ للمتولى ﴾ على وقف مسجد أو غيره ﴿البيع﴾ من الغلات للمصلحة حال العقد وبيع ما خشى فساده وبيع بعض الوقف لإصلاح بعضه ﴿والشراء﴾ ونحوه من التصرفات ﴿ لمصلحة ﴾ حال العقد ﴿ والبينة عليه إن نوزع فيها ﴾ أى فى المصلحة وسواء كان المنازع عدلا أم لا ، ولا يحتاج إلى ولاية حيث ادعى تيقن عدم المصلحة إذ هو من باب الأمر بالمعروف والنهى عن المنكر فإن لم يتيقن بل اتهم

أو ظن فى دعواه عدم المصلحة فلا تسمع دعواه إلا بولاية هـذا فيما عدا ما يكون القول قول الولى فيـه كالإنفاق وبيع سريع الفساد ، ونحوهما كما مر فى البيع فى فصل « ١٩٨ » .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ أنه يجوز له ﴿ معاملة نفسه ﴾ فيجوز له القرض والاقتراض والبيع والشراء من غلة الوقف فيسلم العوض ويجوز له أن يزرع أرض الوقف لنفسه ويدفع أجرة المثل كغيره ﴿ بلا عقد ﴾ من الإمام أوالحاكم ويكون حكم ذلك فى يده حكم المعاطاة فتلزم القيمة فى ذلك يوم القبض وليس له أن يأخذ المثل وقت غلائه بمثله فى وقت رخصه بل يتحرى الأصلح .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أنه يجوز له ﴿ الصرف فيها ﴾ أى فى نفسه إذا كان مستحقا والمصرف لغير معينين أو متعددين كالكفارة .

﴿و﴾ ﴿الأمر الرابع﴾ أن للمتولى صرف غلة الوقف ﴿فى واحد[1]﴾ من المستحقين ﴿ أو أكثر ﴾ من واحد حسبما يراه من الصلاح ومطابقة قصد الواقف. هذا إذا كان الوقف لغير معينين كأن يقول للفقراء ، وأما إذا كان لمعينين وجب عليه تقسيطه بينهم ان انحصروا وإلا فى الجنس .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ أن له ﴿ دفع الأرض ﴾ الموقوفة ﴿ ونحوها ﴾ من سائر الأشياء ﴿ إلى المستحق ﴾ للانتفاع أو ﴿ للاستغلال ﴾ كأن يدفع الأرض إلى فقير يستغلها بالأجرة أو يبرئه منها أو لا يذكر له شيئاً ﴿ إلا ﴾ أن تكون الغلة ﴿ عن حق ﴾ واجب على الواقف من زكاة أو غيرها كما مر فانه لا يجزى الدفع إلى الفقير للانتفاع لأن إخراج الحق عن المنفعة لا يجزى ﴿ فيؤجرها منه ثم يقبض الأجرة ويرد ﴾ ما قبض إليه أو إلى غيره وجوباً ﴿ بنيته ﴾ أى بنية ذلك الحق ﴿ قيل أو ﴾ لا يقبضها منه بل ﴿ يبرئه ﴾ منها بنية ذلك الواجب ﴿ كالإمام ﴾ له أن ﴿ يقف ويبرئ من

(١) ما لم يكن عن كفارة فلا بد من مصرفها وذلك فى عشرة اه

بيت المال ﴾ هذا القول ذكر معناه أبو مضر تخريجاً منه للهدوية وسواء كان الواجب زكاة أم مظالم. والمختار فى ذلك كله أنه ليس المتولى أن يبرئ من الغلة عن الواجب لما تقدم من اشتراط القبض ثم الصرف بنية ذلك الواجب ، وليس للإمام أيضاً أن يبرئ من عليه الحق منه سواء كان الحق زكاة أم غيرها إذ يشترط فى براءة ذمة من عليه الحق أن يقبض منه ذلك وهذا لم يقبض .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر السادس ﴾ أن لمتولى الوقف ﴿ تأجيره ﴾ مدة معلومة ﴿ دون ثلاث سنين ﴾ لأن الزائد يؤدى إلى اشتباه الوقف بالملك فإن أجّر المتولى ثلاث سنين فأزيد كان ذلك محظوراً وتبطل ولايته ولا تصح الإجارة سواء كان المؤجر صاحب المنافع أم المتولى إلا أن يكون الوقف مستفيضاً مشهوراً لا يخشى لبسه بالملك أو كان المتولى أو نائبه يأخذ الأجرة كل سنة مقاسمة من الغلة باسم الوقف فلا بأس بتأجيرها ثلاث سنين فأزيد وكذا إذا كان فى تأجيرها كذلك مصلحة كزيادة أجرة أو ترميم مافسد من الرقبة أو زيادة إصلاح لها فتصح الإجارة ثلاث سنين فأزيد مع عدم خشية حصول اللبس بالملك وكذا إذا كان عازماً حال العقد على تجديد الإشهاد على الإجارة فى كل ثلاث سنين فتصح الإجارة لا لو جدد الإشهاد من دون عزم عند العقد لم تصح لأنها قد انطوت على الفساد لطول المدة .

﴿ فرع ﴾ وإذا كان فى الأرض الموقوفة أشجار كالنخل والأعناب ونحوها فإنه لا يصح استئجارها لأنه يؤدى إلى استئجار الشجر للثمر وقد تقدم فى الإجارة وإنما يستقيم إجارتها حيث هى مزرعة وأجرها المتولى صح ذلك .

﴿ مسئلة ﴾ من عمر فى عرصة الوقف حانوتاً أو نحوها بأمر المتولى فان عمر للوقف كانت غرامته وقيمة مواد البناء ديناً له على الوقف ولزمه كراء الحانوت معمورة وإن عمر لنفسه كانت العمارة له ولزمه كرى العرصة فقط بالنسبة ، وكيفية النسبة : أن تقوّم الحانوت عرصة وبناء معاً ثم يعرف كم حظ العرصة فإذا كان قيمة العرصة

مع البناء معاً خمسين ، والعرصة فقط مع وجود البناء للغير عشرين كان للعرصة من الـكراء خُمسان وعلى هذا فقس فى كل وقف وحر.

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر السابع ﴾ أن لمتولى الوقف ﴿ العمل بالظن فيما التبس مصرفه ﴾ والواجب أولا أن يعمل بعلمه فإن لم يحصل له علم نظر فى الثقات المتصرفين قبله فإن كان عملهم عن علـم وجب الرجوع إليهم وإلى دفاترهم الُبين فيها بخطوطهم كيفية الصرف وإن كان عملهم عن ظن فإن حصل له ظن عمل به وجوباً وإن لم يحصل له ظن رجع إلى ظن من قبله فإن لم يحصل شىء ولا عرف يرجع إليه قال فى الـكواكب : « فان كان اللبس بين مصارف منحصرات قسمت الغلة بين تلك المصارف بالسوية وإن كانت المصارف غير منحصرات بل وقع اللبس مطلقا فإن الغلة تكون لبيت المال وكذلك الرقبة إذا لم يعلم كونها وقفا وان عرف أنها وقف بقيت وقفا .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر الثامن ﴾ أن المتولى ﴿ لا يبيع ﴾ ولا يؤجر شيئا من ملك الوقف أو عينه حيث يجوزله البيع ﴿ بثمن المثل ﴾ وأجرة المثل ﴿ مع وقوع الطلب ﴾ حال العقد وقبله من الغير ﴿ بالزيادة ﴾ ولو قلت لأنه خيانة فإن فعـل لم يصح العقد لأنه باطل ولو كان جاهلا للطلب ولا تبطل ولايته إلا إذا كان عالما بالطالب بالزيادة إلا أن يفعل ذلك لمصلحة بأن يكون الطالب كثير المطل صح، وكذا لا يبطل البيع والإجارة إذا كان المطالب بالزيادة بعدها . فأما لو لم تقع المطالبة من الغير لـكن غلب فى ظن المتولى أنه لو شهر بيع هذا الشىء أو تأجيره حصل فيه من الثمن أو الأجرة أكثر فإنه يصح ما فعله مع الـكراهة للتنزيه .

﴿ و ﴾ ﴿ التاسع ﴾ أن المتولى لو أراد أن يبذر الأرض الموقوفة من ماله صدقة للميت فإنه ﴿ لا يتبرع بالبذر حيث الغلة ﴾ من هذه الأرض ﴿ عن حق ﴾ واجب على الواقف لأن التبرع فى حقوق الله لا يصح لـكن يقرض الميت ذلك البـذر ويقبضه من الغلة أو يبيعه للميت ويقبض ثمنه من الغلة أو يتركها فى ذمة الميت أو يبرئه فأما

لو لم تسكن الغلة عن حق جاز التبرع بالبذر ﴿ ولا يضمن ﴾ شيئا من غلات الوقف ﴿ إلا ما قبض ﴾ فيما يقبض أو تصرف فيما لا يقبض ﴿ ان فرط ﴾ ولم يكن مستأجراً لأنه أمين فلا يضمن قبل ذلك ولو حصلت التخلية إلا حيث فرط ﴿ أو كان أجيراً مشتركا ﴾ وقبض قبض ضمان الأجير المشترك فإن كان خاصا فضمان الأجير الخاص .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان فإن زرع المتولى الأرض أو غرسها لنفسه لزمه أجرتها للواقف يخرجها عما عليه وإن أخرج بعض الزرع والثمر عوضا عن الأجرة جاز مع الولاية والمصلحة .

﴿ فرع[1] ﴾ إذا ترك الوصى أو المتولى أرض اليتيم أو المسجد أو الوقف بغير زراعة فإن كان ثمة من يزرعها ومنع فهو غاصب وان لم يمنع بل تركها لغير عذر فهو عاص ولا يضمن لأنه لم يتلف عينا ولا منفعة وتبطل ولايته .

﴿ و ﴾ ﴿ الأمر العاشر ﴾ إن من أعمال المتولى أن ﴿ يصرف غلة الوقف فى إصلاحه ﴾ من عمارة وغيرها ما لم يكن فى المصرف كالمسجد ونحوه خلل فإن كان فيه خلل فهو مقدم ، وله بيع بعض الوقف لإصلاح بعضه ان اتحد الواقف والوقف والمصرف بلفظ واحد ، وكذا لو خرب المسجد جاز بيع بعضه لإصلاح البعض إذا كان لا يمكن الإصلاح إلا به . ﴿ ثم ﴾ ما فضل من غلة الوقف بعد اصلاح خلل الأصل صرف ﴿ فى مصرفه ﴾ مثال ذلك دار موقوفة على مسجد فإن ما حصل من كراء تلك الدار يصرف فى عمارتها اذا كان الخلل بعد الوقف أو حاله وتعذر الانتفاع إلا بالإصلاح أو خشى فساد الباقى ثم ما بقى من الكراء صرف إلى المسجد فأما لو أراد المتولى توسيعها أو تقوية بنائها فلا يجوز أن يفعل ذلك فإن فعل ضمن إلا مع غنى المصرف المذكور فإنه يجوز مع المصلحة لأنه بمنزلة اكتساب مستغل آخر لذلك المصرف كما مر ﴿ وكذلك ﴾ حكم ﴿ الوقف عليه ﴾ أى على مصرف مصرفه . ثم

(١) يستفاد من كتاب الوصايا من البيان اه

كذلك ، فإذا وقف رجل مسجداً ثم وقف عليه داراً ثم وقف على الدار أرضاً فإنه يصرف غلة الأرض فى إصلاحها ثم فى إصلاح الدار ﴿ ثم ﴾ إذا فضل شيء صرف ﴿ فى مصرف ﴾ الوقف ﴿ الأول ﴾ وهو المسجد أو نحوه وإذا انهدم المسجد وذهب قراره عاد لكل ما وقف وقفاً، وان انهدمت الدار على وجه لا يمكن أن تعود بأن صار قرارها نهراً بقيت الأرض للمسجد .

﴿ ومن استعمله ﴾ أى الوقف من أهل المصرف أم من غيرهم ﴿ لا بإذن واليه ﴾ وهو من إليه ولاية ذلك الوقف ﴿ فغاصب ﴾ تتبعه أحكام الغصب ﴿ غالبا ﴾ احترازا مما جرى به العرف أنه لا يحتاج إلى إذن المتولى كسراج المسجد ونعش فيه ونحو ذلك مما يستعمل فى العرف من آلاته بدون إذن واليه فليس بغاصب لجواز ذلك ، وأما اذا كان المستعمل غاصبا ﴿ فعليه الأجرة وإليه صرفها ﴾ فى مصرفها ولا يلزمه دفعها إلى المتولى لأنها مظلمة وولاية الظالم إلى أربابها فيصرفها هو فى الفقير المعين أو الفقراء ان كان الوقف عليهم مع انحصارهم أو فى الجنس ان لم ينحصروا إلا إذا كان الموقوف عليه مسجدا أو نحوه فيدفعها إلى المتولى ، وكذا من أتلف شيئا من فرش المسجد ونحوها لزمه تسليم القيمة إلى المتولى ﴿ إلا ما ﴾ كان من الأجرة ﴿عن حق﴾ واجب ﴿ فإلى المنصوب ﴾ ولاية صرفها لا إلى الغاصب فلو صرف الغاصب لم يقع عن ذلك الحق ولا تسقط عن ذمة الغاصب ورجع بما دفع على المدفوع إليه سواء كان باقياً أم تالفا ان ظن الاجزاء وكان الدفع عن الزكاة ونحوها وإن علم بعدم الاجزاء كان المدفوع فى يد المدفوع إليه إباحة يرجع به مع البقاء .

﴿٣٠٣﴾ ﴿فصل﴾

﴿ ورقبة الوقف النافذ ﴾ وهو الذى لا يكون متوقفا لحصول شرط ولا وقت مستقبل ولا خرج مخرج الوصية فإن رقبة ذلك النافذ ﴿ وفروعه ملك لله تعالى ﴾

كأغصان الشجر الموقوفة التى لا تقطع فى العادة ونتاج الحيوان كأسخال الغنم وفلو الفرس مما ينتفع به فهذه تتبع الأصل فى الملك لله تعالى « وعلى الجملة » أن ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كنتاج البهائم وأصول الشجر وأغصانها التى لا تقطع فى العادة فوقف وما لا يمكن الانتفاع به إلا باستهلاكه كالثمر واللبن والصوف والبيض ونحوه فلك للموقوف عليه .

﴿ فرع ﴾ إذا قطع غصن من أغصان الشجرة الموقوفة التى لا تقطع فى العادة فقبل أن يغرس يجوز بيعه لأنه قد بطل نفعه فى الوجه المقصود وحكم الوقف باق حتى يباع وكذا لو غرسه فى أرض الغير ولم يرض مالكها ببقائه جاز بيعه ، أما لو غرسه فى أرض الغير ورضي وصلح فلا يجوز بعد ذلك التصرف فيه بل قد صار وقفا لصلاحه واستحقاقه للبقاء فيما وضع فيه « والأولى » والأحوط إذا أراد الموقوف عليه أن يغرسه ويكون ملكا له أن يشتريه بعد قطعه إذ قد بطل نفعه فى المقصود وجاز بيعه ثم يغرسه وقد صار ملكا له فيملكه وما حصل فيه .

« نعم » ومتى نفذ الوقف لم يجز فيه أى تصرف لأن عينه ﴿ محبسة للانتفاع ﴾ بها فقط ﴿ فلا ينقض ﴾ ذلك ولا يجوز بيعه ولا هبته ولا شيء من التصرفات غير الانتفاع ولو كان من وقف الظلمة ﴿ إلا ﴾ أن ينقض ﴿ بحكم ﴾ حاكم انتقض حيث لم يتقدم حكم بصحته أما لو كان قد تقدم حكم بصحته فلا ينقض بحكم ولا غيره لأن الحكم بصحته قد صيّر الوقف مجمعا عليه .

﴿ فرع ﴾ ومن وقف موضعا على زيد ثم وقفه ثانيا على عمرو وحكم حاكم بصحة الوقف الآخر وحكم حاكم بصحة الوقف الأول فإن الحكم الأول أولى .

﴿ ولا توطأ الأمة ﴾ الموقوفة ﴿ إلا بإنكاح ﴾ ويكون الولد وقفا كأمه ويجوز كون الزوج هو الواقف أو الموقوف عليه أو أجنبي فلو وطئها الواقف أو الموقوف عليه لا بالنكاح حُدّ مع العلم ويلحق نسب الولد مع الجهل ويكون حر أصل فتلزمه

القيمة وقت الوضع فإن لم تكن له قيمة فبأقرب وقت له قيمة وتصرف حيث تصرف قيمة الموقوف اذا تلف ومع العلم يكون وقفاً ولا يلحق النسب. وأما المهر فيلزم الواقف للموقوف عليه وأما الموقوف عليه فيلزمه المهر ويسقط لئلا يخلو البضع لأنه لو وجب على غيره استحقه هو .

﴿ و ﴾ يجب ﴿ على بائعه ﴾ أى الوقف أو مفوّته بغير البيع ﴿ استرجاعه ﴾ ولو بغرامة كثيرة ما لم يجحف به وذلك ﴿ كالغصب ﴾ فانه لايلزم استفداء الغصب بما يجحف كما يأتى وهل يلزم المشترى مع ردّ العين تسليم أجرتها . فى ذلك تفصيل، وهو أن نقول: إما أن يكون البائع هو الموقوف عليه أو غيره، فإن كان البائع هو الموقوف عليه فإن كان المشترى قد انتفع بالاستغلال لما اشتراه لم يلزم أجرة لمدة بقائه فى يده إذ هو باق بإذن من له المنفعة ولم يكن قد انتفع، وان كان قد انتفع بالاستغلال أو نحوه لزمه تسليم الأجرة للموقوف عليه إذ هى فى يده إباحة وقد بطل عوضها فتبطل، وسواء كان المشترى عالما بعدم جواز البيع لتلك العين أم جاهلا ، وان كان البائع غير الموقوف عليه كالواقف مثلا لزم المشترى الأجرة لمدة بقاء العين فى يده وسواء انتفع بالاستغلال ونحوه أم لا إلا أنه يرجع بما دفع من الأجرة على البائع حيث لم ينتفع ولا علم أن المبيع وقف .

﴿ فان تلف ﴾ الوقف غير المنقول تحت يد مشتريه أو كان منقولا سواء تلف تحت يد المشترى أم غيره ﴿ أو تعذر ﴾ على البائع استرجاعه ﴿ فعوضه ﴾ لازم للمتلف وللبائع إذا كان البائع غير الموقوف عليه والعوض هو مثل الموقوف ان كان مثليا وإن كان قيميا فقيمته يوم التلف أو الإياس من الاسترجاع حيث لم يتقدم غصب فان تقدم فقيمته يوم الغصب حيث لم يزد زيادة مضمونة فإن زاد خير كما يأتى ويلزم البائع الأجرة من يوم البيع إلى يوم التلف أو الإياس وتكون القيمة مع الأجرة ﴿ لمصرفه ﴾ يعنى الموقوف عليه إذا كان آدميا سواء كان غنيا أم فقيراً الولاية إليه أم لا، وان كان

مسجداً أو نحوه فإلى متوليه وتبرأ ذمة البائع بتسليم ما لزمه لمصرفه ﴿ وإن لم يقفه ﴾ بل إن شاء دفعه إلى المصرف للانتفاع وإن شاء اشترى به شيئاً ولو من غير جنس التالف ووقفه على مصرفه لأن الولاية إليه فى الشراء والوقف على الصحيح وأما لو كان البائع للوقف هو الموقوف عليه فلا يلزمه شيء لأن القيمة لو لزمت غيره كانت له فإن كان الوقف عن حق لزمه أن يشترى بعوضه عيناً ويقفها على الأول .

﴿ فرع ﴾ فإن رجع الوقف المبيع بعد أن عوضه البائع بوقف آخر كانا معاً وقفا وثواب كل منهما لمن وقفه إلا أن يشرط فى الثانى أن لا يرجع الأول فإنه يعود ملكا فإن عوضه بدفع القيمة للموقوف عليه أو وارثه رجع بالقيمة على من دفعها إليه .

﴿ و ﴾ اعلم أنه لا يجوز بيع الوقف إلا فى أربع حالات فيجوز :

﴿ الأولى ﴾ إذا خشى فساده أو تلفه إن أبقاه .

﴿ الثانية ﴾ إذا خشى فساد الموقوف عليه كالمسجد ونحوه .

﴿ الثالثة ﴾ إذا لم يمكن إصلاح الوقف فى نفسه ولو مسجداً إلا ببيع بعضه لإصلاح الباقى إذا اتحد الواقف والمصرف فى صفقة واحدة .

﴿ الحالة الرابعة ﴾ ﴿ مابطل نفعه فى المقصود ﴾ من وقفه ولو حصل الرجا بعوده فى المستقبل أو أمكن الانتفاع به فى غير المقصود ﴿ بيع لإعاضته ﴾ ويصير العوض من وقفه ولو أمكن الانتفاع به فى غير المقصود وقفا بنفس الشراء على ما كان موقوفا عليه ولو عنزاً عن الفرس ولا يحتاج العوض إلى تجديد الوقف وهذه الصورة تخالف الأولى من حيث إنه لا يخير هنا بين شراء العوض أو دفع القيمة إلى المصرف بل يجب أن يشترى العوض حتما ولو دون الأول لأنه هنا غير مالك وفى « الأولى » مالك فيخير .

﴿ وللواقف ﴾ لا غيره من أهل الولايات ﴿ نقل المصرف فيما هو عن حق ﴾ نحو

أن يقف رجل أرضاً ويستثنى غلتها عن حق واجب وتكون مصروفة إلى شخص معين وإلى مسجد معين فله بعد ذلك أن ينقله إلى مصرف آخر لأن الغلة باقية على ملك الواقف له أن ينتفع بها ويخرج غيرها عن الواجب ﴿ و ﴾ ليس له ذلك ﴿ فى غيره ﴾ أى فى غير ما الغلة فيه عن حق واجب كأن يقف على الفقراء أو على مسجد فليس للواقف نقل المصرف لأن الغلة لم تبق على ملكه بل تابعة للرقبة ﴿ و ﴾ كذلك ليس للواقف ولا لغيره من أهل الولايات العامة سواء كان الإمام أم غيره ﴿ نقل مصلحة[1] إلى أصلح منها ﴾ نحو أن يقف أرضاً طريقاً للمارين ثم يرى جعلها مسجداً أصلح أو يرى جعلها مقبرة أصلح أو ما شا كَلَ ذلك فليس له ذلك هذا هو المختار المذهب وإن كان فى ذلك ﴿ خلاف ﴾ الشيخ على خليل والإمام المطهر يحيى والإمام الحسين فعند هؤلاء أن ذلك يجوز، وقواه من متأخرى شيوخ المذهب الشامى والمبل وعامر والسحولى وحثيث واختاره فى الفتح، وحجتهم ما رواه أبو وائل « قال جلست إلى شيبة فى هذا المسجد فقال جلس إلى عمر فى مجلسك هذا فقال لقد هممت أن لا أدع فيها صفراء ولا بيضاء إلا قسمتها بين المسلمين، قلت ما أنت بفاعل، قال لم؟ قلت لم يفعله صاحباك فقال هما المران» تثنية مرء «تقيدا بهما » رواه أحمد والبخارى ، وعن عائشة قالت «سمعت رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم: «يقول لولا أن قومك حديثو عهد بجاهلية » أو قال « بكفر لأنفقت كنز الكعبة فى سبيل الله ولجعلت بابها بالأرض ولأدخلت فيها من الحجر » رواه مسلم .

﴿ و ﴾ من وقف على عبد شيئا لم يستحقه العبد فى حال رقه لأنه لا يصح تملكه وإنما ﴿ يستقر للعبد ﴾ وكذا المدبر وأم الولد ﴿ ماوقف عليه بعتقه ﴾ ولو كان الواقف سيده ﴿ و ﴾ أما ﴿ قبله ﴾ فإن الغلة ونحوها تكون ﴿ لسيده ﴾ فإن انتقل

---

(١) راجع ما أوردناه أول الكتاب فى الشرط الرابع من الركن الأول وبهامش آخر فصل ٢٩٩ اه .

العبد إلى مالك آخر انتقلت الغلة للآخر، أما لو مات العبد قبـل أن يعتق كان الوقف لسيده ﴿ ومن وقف ﴾ شيئا وأضافه إلى ﴿ بعد موته فله قبله الرجوع ﴾ فعلا كالبيع ونحوه ولفظا كرجعت عن الوقف وكذا لو قال وقفت هذا بعد سنة فله الرجوع قبل ذلك فعلا وقولا لا لو وقف وقفا معلقا على شرط نحو أن يقول وقفت كذا إن جاء زيد فلا يصح الرجوع عنه إلا بالفعل فقط ببيع أو نحوه لأن ما علق بشرط من عتق وطلاق ووقف ونحو ذلك لم يصح الرجوع عنه قولا وكذا لو قال وقفت هذا فى آخر أجزاء الصحة فلا يصح الرجوع عنه إلا بالفعل .

﴿ و ﴾ ﴿ اعلم ﴾ أن الوقف ﴿ ينفذ ﴾ إذا وقع ﴿ فى ﴾ حال ﴿ الصحة ﴾ من المرض أو فى المرض غير المخوف أو فى أوائل المرض المخوف وفى حال الوقف لم تكن الأوائل مخوفة فينفذ فى هذه الأحوال ﴿ من رأس المال ﴾ ولو وقف جميع ماله وسواء كان الوقف على أجنبى أم على الورثة أم على بعضهم كالذكور دون الاناث أو دون أولاد البنات مع قصد القربة ولو قصد الحيلة بحرمان الاناث أو أولاد البنات كما تقدم آخر فصل ٢٩٥ فى قولنا « فرعان » .

﴿ و ﴾ كذلك ينفذ من رأس المال حيث وقفه فى إحدى حالين : ﴿ فى ﴾ حال ﴿ المرض ﴾ المخوف ﴿ و ﴾ فى ﴿ الوصـية ﴾ إذا وقفه فى الحالتين معاً ﴿ على الورثة كالتوريث ﴾ كأن يقول وقفت هذا عليهم على فرائض الله ﴿ وإلا ﴾ يقفه فى الصحة ولا فى المرض المخوف ولا كانت الوصية على ما يقتضيه الميراث بل وقفه على غيرهم أو عليهم لا على ما يقتضيه الميراث ﴿ فا ﴾ لوقف على أى هـــذه الصور ينفذ من ا ﴿ لثلث فقط ﴾ للموقوف عليـه ﴿ ويبقى الثلثان ﴾ من التركة لو وقفها جميعا ﴿ لهم وقفا ﴾ أى للورثة جميعا على ما يقتضيه الميراث بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين وليس لهم التصرف فيـه ببيع أو نحوه إذ لم يستهلك الميت إلا الرقبة مسلوبة المنافع وذلك شىء يسير وهـذا الحـكم ﴿ إن لم يجيزوا ﴾ أما لو أجاز الورثة ما وقفه مورثهم

فى مرضه المخوف أو أوصى به سواء كان على غيرهم أم عليهم أم على بعضهم نفذ بأجازتهم الوقف من رأس المال فإن لم تحصل إجازة نفذ الثلث والثلثان لهم وقفا يستغلونهما بعد وفات المورث لما قبل فيهما بملك الواقف حتى يموت ، قال ﴿ المؤيد ﴾ بالله ﴿ ويصح ﴾ الوقف ﴿ فراراً من الدين ونحوه ﴾ لو قصد الواقف ذلك مع قصد القربة كأن يقف قاصداً للقربة ولئلا يسلم مهر زوجته أو نحوه قبل المطالبة كما لو قصد تحويز بعض الورثة والقربة لله تعالى بالوقف على بعضهم لضعفهم أو نحو ذلك فالمختار صحة الوقف فى ذلك مهما صاحب الوقف قصد القربة كما أوضحنا ذلك أول الكتاب فى الركن الربع فى الفرعين وما علقنا على الأول منهما . وأما لو وقف على الوارث لا لقصد القربة بل لقصد حرمانه لسفهه لئلا ينفقه فى معصية لم يصح الوقف لأن الوارث يستحق إرثه ولو كان فاسقا ، وكذا لو وقف فراراً من الدين ولم يقصد القربة لم يصح لعدم القربة : أما كلام أهل المذهب أن الطاعة والمعصية لا يجتمعان فذلك فى مصرف الوقف لا عين الوقف كما حققنا هذا المذهب الشريف .

﴿ مسئلة ﴾ ويصح وقف من كان ماله مستغرقا بالمظالم كالظلمة وجنودهم وأهل الربى ونحوهم إذا قصدوا القربة ، ولا يجوز نقضه . هـــذا هو المختار . والله أعلم .

كتاب الوديعة ﴿٣٠٤﴾

تقال لغة على الإيداع وعلى العين المودعة ، من ودع الشيء يدع إذا سكن، لأنها ساكنة عنـد المودع ، وقيل غير ذلك . وفى الاصطلاح : « ترك مال مع حافظ لمجرد الحفظ لا بأجرة » فقولنا : لمجرد الحفظ : يخرج الرهن،وقولنا لا بأجرة تخرج الإجارة واعلم أنه لابد فى صحتها من الإيجاب والقبول أو ماجرى به العرف كالتخلية كمن يضع ثيابه عند شخص فى المسجد ويقبل. ولا بد من النقل فيما ينتقل وثبوت اليـد فى غير المنقول، وإذا جرى العرف بأن التخلية كافية كفت كما قلنا فيمن وضع ثيابه فى المسجد وكمن قال لغيره أضع كذا أو قد وضعت كذا فى حانوتك فقال ضع أو لا بأس فتكون وديعة مع الوضع والقبول وإن لم ينقلها الوديع لجرى العرف بذلك..

﴿ إنمـا تصح ﴾ الوديعة ﴿ من جائزى التصرف بالتراضى ﴾ مع قبول الوديع وقبضه أو التخلية ، ويصح القبول بالإشارة مطلقاً ، أما لو وضع ثوبه أو نحوه عنـد شخص وقال هذا عندك أو نحو ذلك ولم يقبل الوديع ذلك بلفظ ولا إشارة لم تـكن وديعة وسواء كان الوديع فى صلاة أم لا فى الأصح . « نعم » فلا تصح من صبى ولا مجنون ولا من عبد ولا من مكره سواء كان مودعاً أو مستودعاً فلو أودع بالغ صبياً غير مأذون لم يضمن الصبى ما يستباح كاللبس والإحراق والضياع ونحوه وذبح مايؤكل لحمه على الوجه المشروع لأنه وضع ماله فى مضيعة لا ما لا يستباح كالقتل والجرح للحيوان وذبح غير المأكول فيضمن ذلك إذ هى جناية والجناية تلزم غير العاقل المكلف ، وكذا لا يصح أيضاً أن يودع الصبى فلو أودع صبى شيئاً عند صبى أو عند بالغ عاقل لم يصح الإيداع ولا يبرأ الذى صارت العين فى يده بالرد إلى الصبى بل إلى وليه ويجب الرد إلى الولى فوراً والاضمن تلف الوديعة ما لم يقبضها خشية

ضياعها لم يضمن تلفها لأنه محسن وما على المحسنين من سبيل إلا ما جرت العادة أن يحفظه كثوبه ونعله ونحوها برىء بالرد إليه .

﴿ فرع ﴾ وأما الإيداع والاستيداع من السكران وإليه ، وكذا المحجور ماله من الحاكم فإنه يصح ولا يمنع الحجر إلا من الإتلاف .

﴿ و ﴾ الوديعة ﴿ هى أمانة فلا تضمن ﴾ إذا تلفت عند الوديع وإن ضمن ﴿ إلا التعدّ ﴾ من الوديع ﴿ كاستعمال ﴾ نحو أن يلبس الثوب أو يركب الدابة فيضمن ماتلف لأنه قد صار غاصباً ما لم يجر عرف بذلك أو يظن الرضا . ﴿ و ﴾ من التعدى ﴿ نحو إعارة ﴾ العين الوديعة أو تأجيرها أو رهنها فإنه يصير ضامناً بذلك لأجل التعدى ﴿ و ﴾ من التعدى وقوع ﴿ تحفظ ﴾ للوديعة ﴿ فيما لا يحفظ مثلها فى مثله) عرفاً ولو كان حرزاً بالنظر إلى قطع يد السارق منه لأن لكل مال حرزاً يليق به ، وأما ما كان يحفظ مثلها فى مثله عرفاً فإنه يكفى حفظها فيه ولا عبرة بتعيين المالك لها حرزاً سواء خالف الوديع إلى أعلى أم مساو أم أدنى إذا كان الأدنى مما يعد الإحراز فيه حفظاً عادة إذ ليس لمالكها أن يتحكم عليه فوق مايجب عليه فى حفظها ، فإن أمره أن لا يدخل غيره المنزل الذى هو فيه فإذا أدخل غيره لم يضمن ولو كان تلفها بسبب ذلك إذ هو غير متعد بالسبب حيث جرى عرف بالدخول وإلا ضمن .

﴿ أو ﴾ وضع الوديعة مع من لا يستحفظ مثلها ﴿ معه ﴾ ضمنها فلو وضعها مع من يحفظ ماله معه كزوجته وولده وخادمه ولو اعتاد الحفظ معهم فى منازلهم جاز ذلك وكان حفظاً كيده .

﴿ و ﴾ من التعدى ﴿ إيداع ﴾ لها ﴿ وسفر ﴾ بها بريداً ﴿ بلا عذر موجب ﴾ عادة ﴿ فيهما ﴾ والبينة عليه حيث لم يصادقه المالك أن الإيداع أو السفر كان لعذر من خوف حريق أو لص أو نحوها أو أن السفر لغير عذر دون البريد ولا يجوز السفر بها مع التمكن من الإيداع ولا يودع مع وجود المالك مالم تكن عادته السفر بما يودع

عنده أو يفوض أو يؤذن له .

﴿فرع[1]﴾ وإذا أذن المالك بالإيداع لعذر أو لغير عذر فأودعها ثم ادعى الوديع الآخر أنه ردها إلى المالك فإن عيّنه المالك فهو وديع له فيقبل قوله مع يمينه وإن لم يعيّنه بل أطلق فهو وديع الوديع الأول فقط فلا يقبل قوله بالرد على المالك إلا ببينته إذ هو كالأجنبي ويقبل قوله مع يمينه فى الرد إلى الوديع الأول وفى التلف .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا سقط الوديع فوقع على الوديعة ضمنها سواء سقط باختياره أم لا ، وسواء سار السير المعتاد أم لا لأنه مباشر ، وإن سقطت من يده ضمنها إذا سار بها خلاف السير المعتاد أو المعتاد فوق البريد لغير عذر فإن انقطعت العلاقة لم يضمن مالم يعلم أو يظن باختلالها وتمكّن من دفع الخوف ، ويضمن الوديع ماتلف بالنسيان أو الضياع إذ هو تفريط .

﴿ مسئلة ﴾ ومن خشى على ماله والودائع من الحريق أو الغرق أو غيرهما فى بيت أو سفينة أو غيرها ثم اشتغل بإخراج ماله دون الودائع أو بعض الودائع دون بعض لم يضمن ماتلف إلا حيث تمكّن من إخراج الجميع إذ لا يجب أن يهمل ماله وقاية لمال الغير .

﴿ و ﴾ من التعدى أن يقع من الوديع ﴿ نقل ﴾ الوديعة ﴿ للخيانة ﴾ منه بنية أخذها فإن نقل الكل بنية أخذ الكل صار الكل غصباً فى يده وإن نقل الكل بنية أخذ البعض أو نقل البعض بنية أخذه صار البعض بذلك النقل غصبًا لأنه لايضمن إلا مانوى أخذه ونقله فقط وبقية المال أمانة على حاله ، فإن لم يحصل منه إلا فتح الصرة أو نحوها للآخذ ولم يأخذ شيئا أثم ولا يضمن إلا ماتلف بسبب الفتح فإن عزم على الأخذ بدون نقل ولا فتح لم يضمن ولا يأثم . وكلما صار إليه غصبًا فى هذه الصور لايبرأ برده إلى موضعه بل بالرد إلى المالك .

---

(١) يستفاد من البحر والبيان اه .

﴿ و ﴾ من التعدى ﴿ ترك التعهد ﴾ لما يحتاج إلى تعهده لـكل ما يليق به فالصوف والحرير ونحوهما بالنشر والنفض ونحوها والحيوان يتعهده بالعلف والماء والخدمة وغير ذلك ، ويرجع بما غرم على الوديع إن نوى الرجوع ، فإن ترك التعهد حتى تلفت العين ضمن لتعديه بترك التعهد المعتاد مع علمه بأنه يحتاج إلى التعهد لا لو أودعه شيئا فى صندوق مقفل أو نحوه ولم يقبضه المفتاح أو قبضه ونهاه عن فتحه فلا يضمن بترك التعهد فى ذلك وأمثاله ما لم يقبضه المفتاح لتعهده .

﴿ فرع ﴾ فلو نهى المالك الوديع عن التعهد كأن يقول له لا تعلف الدابة أو لا تتعهد الثوب فتركه حتى هلكت الدابة أو تلف الثوب ضمن على المختار لأن ذلك لا يستباح .

﴿ فرع ﴾ وإذا اختلفا فى قدر ما أنفق كان القول لمدعى المعتاد وللمالك فى قدر الزائد وقدر المدة ، وليس له أن ينفق من مال المالك إذ لا ولاية له عليه إلا بأمر الحاكم ﴿ و ﴾ من التعدى ترك ﴿ البيع لما يفسد ﴾ من الأشياء فإذا خشى فسادها بالسوس أو البلل أو نحوها ولم يكن صاحبها حاضراً فإنه يجب عليه بيعها أو يسلفها من وفى وإلا ضمنها « والحاصل » أن نقول : أمكنه البيع والتصدق معاً ولم يفعل حتى تلف ضمن قيمته المالك ولا شىء للفقراء على المختار لأن مالكها معروف فلم نكن مظلمة فى يده بخلاف الغصب ، أمكنه البيع والسلف ولم يفعل حتى تلف ضمن أيضاً القيمة المالك ، أمكنه التصدق ولم يمكنه البيع أو السلف ولم يفعل حتى تلف ضمن أيضا القيمة للفقراء ولا شىء للمالك لعدم إمكان البيع أو القرض .

﴿ و ﴾ من التعدى أيضا أن يمنع من ﴿ الرد ﴾ أى من التخلية ﴿ بعد الطلب ﴾ من مالك الوديعة فإنه يضمن ما تلف لأنه قد صار غاصبًا أما الرد فلا يجب على الوديع وليس عليه إلا التخلية إلا أن يترك التخلية بينها وبين مالكها لعذر كخوف من ظالم

أو نحوه لم يضمن تلفها ضمان غصب حيث خشى إنزال الضرر به ، أما لو توعده الظالم على أن يسلمها إليه فسلمها فإن كان الخوف لا على نفسه ولا عضو منه أثم بمجرد إنزال الضرر فقط إذ لا يبيح مال الغير خشية الضرر وإن توعده الظالم بقتل أو قطع عضو لم يأثم بالتسليم إلى الظالم ، وأما ضمان العين لمالكها فيضمنها مطلقا لتفريطه بالتسليم فإن أخذها الظالم من دون أن يسلمها الوديع إليه لم يضمن إذ هو أمر غالب ولم يحصل منه تفريط .

﴿ و ﴾ من التعدى أن ينطق الوديع ﴿ بجحدها ﴾ ولو هازلاً أو ناسيًا حين يطلبها منه المودع فيصير بالجحود – فى وجه المودع أو رسوله أو كتابه أو وكيله – غاصبًا فيضمنها ضمان غصب ما لم يصادقه المالك على هزله أو يتجدد له إيداع من المالك .

﴿ و ﴾ منه وقوع ﴿ الدلالة عليها ﴾ فيضمنها سواء تلفت بتلك الدلالة ولو بأمر غالب أم بغيرها إذ الدلالة تفريط .

﴿ ومتى زال التعدى فى الحفظ صارت ﴾ أى عادت الوديعة ﴿ أمانة ﴾ وذلك نحو أن يسافر بها أو يتركها فى موضع غير حريز أو يودعها ثم زال التعدى وصادقه المالك أو بين على زواله قبل تلفها فإنها تعود أمانة ، أما لو نقلها لخيانة نحو أن يركبها أو يعيرها أو يؤجرها لم تعد أمانةً لأنه قد صار غاصبًا لا يبرأ إلا بردها لمالكها أو تجديد الوديعة .

﴿ فرع ﴾ والفرق بين الاستعمال والحفظ أنه فى الحفظ يظهر زوال التعدى متى كان حفظا بخلاف الاستعمال فهو لا يظهر إذ الغاصب قد يستعمل وقد يترك .

﴿ مسئلة ﴾ لو قال خذها وديعة يوما وغير وديعة يوما فهى وديعة فى الحالين. وديعة يومًا وعارية مضمونة يومًا فهى مضمونة فى الحالين . فإن قال عارية وأطلق لم يضمن إذا تلفت يوم العارية .

﴿ و ﴾ حكم الوديعة ﴿إذا غاب مالكها بقيت حتى﴾ يقع ﴿ اليأس ﴾ من صاحبها ولا يجب التعريف بها إذا غاب مالكها أو جهل ﴿ ثم ﴾ إذا أيس من حياته بمضى عمره الطبيعى أو شهادة على موته صارت ﴿ للوارث ﴾ إن كان له وارث أما إذا حصل اليأس من معرفته لو عاد صرفت فى بيت المال ولا حق للورثة فى هذه الحال ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن له وارث صارت ﴿ للفقراء ﴾ ولا يحتاج فى صرفها فيهم إلى ولاية من الإمام ونحوه ويضمن له إن عاد ﴿ وإن عين ﴾ المالك ﴿ للتصدق بها وقتاً ﴾ نحو إن لم أعد إليك فى وقت كذا تصدقت بها على الفقراء فلم يعد فى ذلك الوقت ﴿ جاز ﴾ له أن يتصدق بها ﴿ مالم تيقن ﴾ أو يظن ﴿ موته ﴾ أو ردته مع اللحوق حال التصدق ضمن للورثة لأن العين قد انتقلت إليهم بموته أو ردته ، فإن التبس فلا ضمان لأن الأصل الحياة وبراءة الذمة فإن أتى بلفظ يشمل التوكيل والإيصاء كقوله تصدق بها حياً كنت أو ميتاً فلا ضمان إن تصدق بها قبل الموت وقبل المرض المخوف أو التبس هل قبله أم بعده أو تيقن أنها بعده وهى تنفذ من الثلث وما زاد إن أجاز الورثة وإلا ضمن الزيادة على الثلث إن علم أو قصر فى البحث لا إن جهل لأن الموصى غره .

﴿ وما أغفله الميت ﴾ من الودائع التى كانت لديه فلم يذكرها بنفى ولا إثبات ولم يعرف الورثة حاله ﴿ حكم بتلفه ﴾ فلا ضمان عليه لأن الظاهر أنها قد تلفت إلا أن يبين المالك بالبقاء .

﴿ فرع ﴾ قال الإمام يحيى : «وإذا مات رجل ووجد بخطه أن الكيس الفلانى لزيد أو وجد على الكيس اسم رجل لم يحكم بذلك لأنه قد يودعه شيئاً ثم يملكه أو يشترى كيساً عليه اسم رجل » حكى هذا فى البستان .

﴿ وما أجمله ﴾ الأمين الميت ﴿ فدين ﴾ نحو ان يقر قبيل الموت بوقت لا يتسع لرد ولا تلف أن عنده وديعة مائة دينار أو مائة قدح فى محل كذا ولم يميزها عن غيرها

من تركته بل التبست فإنه يضمنها وتكون ديناً ﴿ وما عينه ﴾ الميت وعرفه الورثة بعينه من الأمانات التى تصير إلى الإنسان لا باختيار المالك وذلك كماتى طائر وفوائد المصب وفى وارث الوديع والعامل والعين المنذور بها والموصى بها ونحو ذلك ﴿ رد فوراً ﴾ إلى مالكه بما لا يجحف ولو بعد ﴿ وإلا ﴾ يرد مع الإمكان ﴿ ضمن ﴾ وإن لم ينقل ، وما يجب رده على الفور من الأمانات التى بيناها قد أشار الإمام عليه السلام بقوله: ﴿ كما يلقيه طائر أو ريح فى ملك ﴾ لايدخل إليه إلا بإذن ولو حقاً هذا مايجب رده فوراً ، وأما إذا ولدت العين المودوعة أو حصل فيها صوف أو لبن فلا يجب فيه غير إعلام المودع فقط .

﴿ وإذا ﴾ أودع رجلان عند رجل وديعتين فتلفت إحداها فادعى كل واحد من الرجلين أن الباقية وديعته و ﴿ التبس ﴾ على الوديع ﴿ من هى له ﴾ وكذا إذا التبس عليه أىّ الرجلين أو دعه ﴿ فلمن بين ﴾ أو نكل الثانى أو حلف أصلا وردا وحكم له استحقها سواء بين بالملك أم بالإيداع ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن لهما بينة كانت ﴿ لمن حلف ﴾ منهما على أنها له ﴿ ثم نصفان ﴾ حيث بينا معاً نحو أن يشهدوا بالملك لكل واحد منهما أو بالإيداع فى وقتين لا فى وقت واحد فإنهما يتكاذبان ، أو حلفا معاً أو نكلا معاً ولا يمين لهما على الوديع لأنه لا يصح منه الإقرار لأيهما بعد اللبس إلا أن يدعى عليه أنه استهلكه عليه بدعوى اللبس كان له تحليفه على القطع فإن نكل لزمه الرد إن أمكن استفداؤه وإلا ضمن ما صار الى الثانى منها ﴿ ويعطى الطالب ﴾ من المودعين ﴿ حصته مما قسمته افراز ﴾ ولو فى غيبة الآخر ومن غير حاكم حيث يتفق مذهبهما ويكون مشروطاً بأن يصير النصيب إلى المالك مالم يكن التسليم بأمر الحاكم فلا يشترط ﴿ والا ﴾ تكن قسمته افرازاً ﴿ فبالحاكم ﴾ يميز نصيبه اذا كان غيبة شريكه يجوز معها الحكم .

﴿ و ﴾ اذا اختلف الوديع والمودع فقال الوديع قد أرجعتها أو قال هذه وديعتك

أو قال قد تلفت فأنكر المالك كل ذلك كان ﴿القول للوديع﴾ ولكل أمين كالشريك والمضارب والمستأجر والمستعير ﴿فى ردها﴾ أى فى تخليتها ﴿و﴾ فى ﴿عينها وتلفها﴾ لأنه أمين يقبل قوله بتلفها مع يمينه وإن لم يبين سبب التلف مالم يكن مستأجراً على الحفظ أو ادعى أنه ذبحها لمرض أو نحوه فالبينة عليه ﴿و﴾ لو أعطى رجل رجلا شيئاً فادعى المالك أنه كان قرضاً مع الذى عنده فيطلبه العوض ويقول الذى هو عنده وديعة فالقول قول الوديع فى ﴿أن التالف﴾ أو الباق ﴿وديعة لا قرض﴾ وسواء كان مما يصح قرضه أم لا لأن الأصل براءة الذمة . وقوله ﴿مطلقا﴾ أى سواء قال تركته معى وديعة أم أخذته منك وديعة فلا فرق بينهما بخلاف المسئلة الآتية فإن بين اللفظين فرقا .

﴿ولا﴾ يقبل قول المالك أن ذلك الشىء فى يد الغير ﴿غصب﴾ عليه بل القول قول من هو فى يده وديعة تلفت إلا أن يدعى أنه مضاربة أو عارية بين على دعواه لأن الظاهر عدم ذلك وإلا فالقول قول المالك ﴿إلا﴾ أن يدعى المالك أنه غصب ﴿بعد﴾ قول الوديع ﴿أخذته﴾ أى الا مع لفظ أخذته وديعة وسواء تقدم لفظ أخذته وديعة أم تأخر وكذا مع لفظ تناولته أو قبضته ولم يقل تركته معى وديعة فإن القول قول المالك أنه غصب لإقرار خصمه بأنه أخذه والمالك منكر للتسليم بخلاف المسئلة الآنفة فهو مقر بالتسليم فلم يكن للفظ الآخذ فيها تأثير .

﴿و﴾ إذا قال الوديع ماعندى لك وديعة فأقام المالك البينة بإثباتها فادعى الوديع أنه قد ردها أو تلفت فإنه لايقبل قوله فى ذلك بعد جحوده إياها وأما البينة فتقبل بخلاف مالو قال الوديع ما أودعتنى شيئا فلا تقبل له بينة لأن إنكارها لأصلها يكذب بينة الرد ويكون القول ﴿للمالك فى ذلك﴾ بعد ﴿ان جحدت فبين﴾ بإثباتها ﴿إلا المين﴾ فإنه يقبل قوله فيها بعد جحوده لأنه يصير غاصبا وهو يقبل قوله .

﴿و﴾ إذا جاء المالك الى الوديع فأعطاه ثم ادعى أنه غلط وأنه أعطاه غير

الوديعة فأنكر المالك الغلط وادعى أن الذى صار اليه هو ماله وجب أن يقبل قوله ﴿ فى نفى الغلط ﴾ والقدر والبينة على الوديع وتكون على اقرار القابض بأن الوديع غلط . ﴿ و ﴾ لو أعطى الوديع الوديعة أجنبيا وادعى أن المالك أذن له بإعطائه ليسقط عنه الضمان اذا تلفت فى يد الأجنبي كان عليه البينة والقول قول المالك فى نفى ﴿ الإذن بإعطاء الأجنبي ﴾ وهو كل من لم تجر العادة بالرد معه فيلزم الوديع الضمان الا أن يقيم البينة بالأذن . قال فى الكواكب والتذكرة : « فلو قال الوديع ردها إلى الأجنبي وتلفت عندى لم يقبل قوله حتى يبين. لأنه يدعى زوال التعدى بردها اليه فعليه البينة بالرد واذا به صار أمينا فيحلف على أنها تلفت عنده بغير تفريط وهذا بناء على أن يده تعود أمانة » وهو المقرر للمذهب .

﴿ فرع ﴾ واذا قال لاتسلمها الا الى يدى فسلمها الى من تجرى العادة بالرد اليه برىء ولا حكم لنهيه كما لو قال ضعها فى الطريق أو فى زاوية البيت. والله أعلم .

كتاب الغصب

هو لغة : أخـذ الشيء ظلما ، وحقيقة الظلم « هو الضرر العارى عن جلب نفع ودفع ضرر واستحقاق » والظلم قبيح عقلا والغصب مجمع على تحريمه والأصل فيه قبل الإجماع آيات كقول الله تعالى : « ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل[1] » أى لا يأكل بعضكم مال بعض بالباطل ، وأخبار منها : خبر « إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام » الحديث ومنها خبر « من ظلم قيد شبر من أرض طوقه الله من سبع أرضين » رواهما الشيخان ، وحقيقة الغصب فى الشرع وحكمه وضمانه ﴿ هو الاستيلاء على مال الغير عدوانا وإن لم ينو ﴾ المستولى الغصب بل أراد اللعب والمزاح . والاستيلاء هو إثبات اليد على الشيء ، والعدوان إثبات اليد لا بإذن الشرع وكان صواب العبارة فى الأزهار أن يقال : « هو الاستيلاء على ما هو للغير » ليدخل فى ذلك الحق فيثبت فى غصب الحقوق بعض أحكام الغصب فيأثم غاصبه ولا تصح الصلاة فى محل الحق ويجب عليه الاستفداء بما أمكن. وأما لزوم الأجرة وقيمته إذا تلف فلا يلزم الغاصب كما هو المقرر أن الأعواض لا تؤخذ عن الحقوق لكن لا بد فى ضمان المنقول من النقل وفى غيره تلفه تحت يده فيصير بذلك غاصبا ولو كان الفاعل لذلك جاهلا أو ناسيا أو صبيا أو مجنونا فيلزمه أحكام الغصب الدنيوية وهى الضمان ولزوم الاستفداء والأجرة وسائر الأحكام لا الإثم فهو مرفوع عن هؤلاء .

فصل

فى بيان أحكام المغصوب وشروط الغصب وما يتعلق بذلك :

﴿ واعلم ﴾ أن المغصوب إما أن يكون منقولا وسيأتى بيانه ، أو غير منقول

(١) الآية فى سورتى البقرة والنساء اهـ .

وقد بينه الإمام عليـه السلام بقوله : ﴿ فلا يضمن ﴾ الغاصب ﴿ من غير المنقول ﴾ كالعقارات ﴿ إلا ما تلف تحت يده وان أثم وسمى غاصباً ﴾ سـواء كان المتالف هو أوغيره لا ما زال من يده ولم يتلف وهذا مطلق مقيد بمـا يأتى(١) فى قوله : «والقرار على الآخر ان علم مطلقاً أو جنى » يعنى فلو تلف تحت يد الآخر ولم يعلم ولا جنى كان القرار على من قبـله فى المنقول وغيره ، وتلزمه الأجرة لمدة بقاء العين فى يده وبعد خروجها من يده حتى ترد إلى مالـكها أوتتلف أوييأس ويجب عليه استفداء المغصوب بما أمكن فإن تعذر لم يلزمه شيء ولايلزمه أجرة بعد أحد هذه الثلاثة الأمور .

﴿ لا ﴾ إذا كان المغصوب ﴿ من المنقولات ﴾ كالحيوانات والعروض ونحوهما فلا يضمن فى ذلك إلا ما جمع شروطا خمسة :

﴿ الأول ﴾ أنه لا يضمن ﴿ إلا ما انتقل ﴾ حساً أو حكما وسيأتى بيانهما فلو ينقل حساً ولا حكما لم يضمنه ولو تلف تحت يده ما لم يكن بجناية .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن ينتقل ﴿ بفعله ﴾ فلو انتقل بفعل الغير نحو أن يدفعه دافع على مال الغير فينتقل باندفاعه عليـه فإنه لا يكون غاصبا بهذا النقل لأن الرجل المدفوع كالآلة للدافع ولو مختاراً ما لم يبق له فعل .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يكون نقل ذلك المال حصل بنقل الغاصب ﴿ لا بنقل ذى اليد ﴾ الثابتة على المال فلو نقل امرأة حرة أو صبياً حراً مميزاً أو غير مميز وعليهما شيء من الحلى أو الثياب أو فى أيديهما شيء يحملانه ولو كان غصباً فانه إذا نقلهما فانتقل المال الذى عليهما أو بأيديهما تبعاً لنقلهما لم يكن غاصبا فلا يضمن ذلك المال بخلاف ما لو كان المنقول عبـداً مميزاً أم غير مميز فإنه يصير غاصبا بنقله وأما سائق البهيمة التى عليها مال مغصوب فإنه يصير غاصبا لها بنقلها سواء كان لها راكب أم لا ولا يقال إن اليـد للراكب لأن الذى فوقها مال ضمنه بنقل الدابة لا من ركب على

(١) أثناء فصل (٣١٠) اه

الدابة وهى ماشية من غير سوق ولا عادتها السير عقيب ركوب الراكب ولم يؤثر ركوبه زيادة فى مشيها فلا يصير غاصبا لعدم حصول نقل منه بمباشرة ولا بسبب ويضمن الأجرة لركوبه عليها أما لو سارت لركوبه ضمنها .

﴿ الشرط الرابع ﴾ أن يكون ذلك النقل ﴿ نقلا ظاهراً ﴾ والنقل الظاهر إزالة جميع أجزاء الشيء عن مكانه كنقل الثوب المطوى من محل إلى محل ونقل السلاح من مكان إلى مكان وسوق الدابة من مكان إلى مكان أيضا ، وقد ألحق بالنقل الظاهر صور يتوهم أنها ليست بنقل « منها » : جذب الثوب أو البساط الممتد من مكانه ولو نصف ذراع أو أقل لأنه بذلك قد أزال كل جزء من مكانه . « ومنها » : سلّ بعض السيف من غمده فإذا تلف فى يده حال السل ضمن إذ قد زال كل جزء من مكانه لا ان لم يتلف إلا وقد أرسله من يده فإرساله والغمد مكانه ردٌّ إلى موضع الرد يبرأ به . « ومنها لو سل القنديل من موضعه إلى فوق أوتحت ضمن أيضا كما قلنا فى السيف حيث جرى العرف برد السيف أو القنديل إلى ذلك الموضع أو تكون حمائل السيف معلقة بجنب مالكه . « ومنها » : لو أحال الدابة من معلقها إلى جانب آخر وهى مربوطة فإنه يضمن لحصول النقل كما لو كانت غير مربوطة وسواء كان الرابط لها مالكها أو غيره .

ونذكر هنا صوراً يتوهم أنها نقل وليست بنقل توجب الضمان « منها » لو طوى الثوب أو البساط إلى طرفه طيا ولو جميعه فلا يضمن حيث لم ينقل آخر جزء منه عن مكانه . «ومنها» أن يحرك الشيء بدون نقل عن مكانه كفتح الباب أوإغلاقه وسواء كان موضع الرجل واسعا أم ضيقا فلا يضمن وكذا تدوير الرحى وسواء كان موضع القطب ضيقا أم واسعاً ومن ذلك إدارة القنديل فى سلسلة يميناً وشمالاً بدون أن يزيله عن محله لم يضمن فى هذه الصور كلها لأنه لم ينقلها نقلا ظاهراً ﴿ أو فى حكمه ﴾ يعنى فى حكم النقل الظاهر والذى فى حكمه كأن يجحد الوديع الوديعة وكذا كل

أمين يلحق به بشروط الجحد المعتبرة وهى أن يكون الجحد فى وجه المالك بعد طلبه أو فى وجه رسوله أو وكيله ولو ناسيا أو مكرهاً كما مر فى الوديعة إلا أنه لا يأثم مع الإكراه أو النسيان ، وكمن تصرف بملك غيره ببيع أو نحوه ضمن وصار غاصبا بشرط أن تكون يده قبل التصرف ثابتة عليه أمانة أو ضمانة بإذن الشرع كالأجير المضمن أو نحوه من رهن أو غيرهما لا يد غصب فهو ضامن من قبل البيع ، ويشترط أن يسلمه للبائع باللفظ كأن يقول اقبض كذا أو يقبض منه الثمن فقد سلط المشترى عليه ، ويشترط إذا كان فى يده ضمانة أن يسلمه مع قربه من المشترى بحيث تكون التخلية مستقيمة لا أمانة ولو بعد عنه إذ البيع نفسه وقبض الثمن أو دلالة المشترى على تلك الأمانة خيانة ولو بعدت عن المشترى فظهر لك أن البيع بهذه الشروط من دون نقل ظاهر حكمه حكم النقل الظاهر ، وهذا إنما يكون فى المنقول فقط لامكان نقله لا فى العقارات من دور وأرض فقد تقدم أنه لايضمن منها إلا ماتلف تحت يده . ومما هو فى حكم النقل الظاهر شهادة الزور بالملك لمن ليس له الملك مع الحكم بها ، وكذا حكم الحاكم لو حكم بعلمه أو بخلاف مذهبه عمداً أوخطأ فى قطعى فهو فى حكم النقل الظاهر فى الغصب فيضمن كما يأتى فى القضاء أثناء فصل « ٤٠٥ » .

﴿ الشرط الخامس ﴾ أن ينقل ذلك الشىء ﴿ بغير إذن الشرع ﴾ فأما لو نقله بإذن الشرع كالتقاط الضالة واللقيطة ولو مغصوبة مع المضيع لها فإنه لا يكون غاصباً . وقال ﴿ المؤيد ﴾ بالله لا يعتبر النقل فى المنقول بل ﴿ ماثبتت يده عليه كذلك ﴾ يعنى بغير إذن الشرع صار غاصبا وإن لم ينقل والمختار ما تقدم أنه لا يصير غاصبا إلا بالشروط الخمسة .

« نعم » وهذه أربع مسائل لا يكون الناقل فيها غاصبا ﴿ و ﴾ هى ﴿ ما نقل لإباحة عرف ﴾ جرى لم يضمن كالضيف ينقل شيئا فى المنزل الذى أذن له بدخوله مما جرت العادة بنقله ورده نحو أن يشرب من الكوز أو يضع المنديل على الطعام أو ينظر

فى مصحف أو كتاب ولو كان أمياً أو نحو ذلك مما أباح له العرف نقله ، وهكذا الأجير الخاص أو المشترك إذا دخل البيت ، ما لم يكن ذلك الشيء مغصوباً ولو جاهلاً إذ لا ضرورة ملجئة ﴿ أو ﴾ نقله لـ ﴿ خوف منه ﴾ على نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله ولو كان فى يد الأول غصباً لم يكن غاصباً بنقله لذلك نحو أن يخاف البهيمة أن تنطحه أو تنطح غيره أو تتلف زرعه أو زرع غيره أو نحو ذلك فيدفعها فانه لا يصير بذلك غاصبا ﴿أو﴾ نقله خوفاً ﴿عليه﴾ نحو أن يخاف على البهيمة من سبع أو لص فنقلها فإنه لا يصير بذلك غاصباً ولو كانت مع الأول غصبا ﴿ أو ﴾ ينقله ﴿ من نحو طريق ﴾ كلو أزال ملك الغير من طريق أو نحوها كأن ينقل الثوب أو نحوه من موضع الصلاة فى المسجد فإنه لا يصير بذلك غاصبا وكذلك إذا وضع على عنقه أو ظهره أو فى ملكه شيء وكان الواضع غير المالك أو المالك من غير تمد نقله أم لم ينقله وسواء كان الواضع مكلفا أم لا كالريح وملق طائر ﴿ فا ﴾ ن المنقول فى جميع هذه الصور التى قد قدمنا يكون أ ﴿ مانة ﴾ فى يد ناقله لغيبة مالكه حتى يرده إلى مالكه أو يسيبه حيث جرت العادة بالتسييب فيه فإن فرط ضمن ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من صور لا يكون النقل فيها أمانة ولا ضمانة ، « منها » : لو وضع المالك على عنق رجل شيئا أو فى ملكه على وجه التعدى فأزاله فلا يصير بذلك أمانة ولا ضمانة لأنه منكر تجب إزالته «ومنها » : لو وضع سمن فى قدحه فله أن يريقه ان لم يجد فى المجلس ما يضعه فيه لمالك السمن أو مباح من غير كلفة ولا مشقة . « ومنها » إذا كان مالك العين حاضرا ـ فى الأربع المسائل المتقدمة ـ لم تصر أمانة ولا ضمانة .

﴿ و ﴾ المنقول ﴿ بالتعثر غصب ﴾ فلو تعثر فصدم شيئاً برجله حتى أزاله عن مكانه فإنه بذلك النقل إن تعمده يصير غاصبا وإن كان بغير اختياره وفعل المعتاد فهو أمانة يلزمه حفظه « وحاصل التعثر » على صور أربع : «الأولى» أن يكون مالك المتعثر به متعدياً بوضعه فى ملك غيره بغير إذن والمتعثر أيضا متعديا بدخوله إلى ذلك المكان من

دون إذن فالمتعثر غاصب بالنقل ضامن مع التلف . «الثانية» : أن يكونا غير متعديين فالمتعثر ضامن مع التلف أمين مع النقل . « الثالثة » : إذا كان السائر معديا والمالك غير متعد فضامن مع التلف وغاصب مع النقل . « الرابعة » : عكس هذه وهى إذا كان المالك متعديا بالوضع فى الطريق مثلاً والمتعثر غير متعد بمروره فما تلف بالتعثر أو انتقل به فهدر لا يضمنه المتعثر ولو مباشرة .

(٣٠٦) ﴿ فصل ﴾

فى كيفية رد المغصوب إلى مالكه : ﴿ و ﴾ اعلم أن المغصوب ﴿ يجب رد عينه ﴾ أى المغصوب ولو نقداً ﴿ ما لم تستهلك ﴾ ولا يجزى الغاصب دفع القيمة عوضاً عنه ولا العوض إلا مع الرضى وتكون معاطاة ما لم يعقدا : فإن استهلكت حساً وجب العوض وإن استهلكت حكما فسيأتى تفصيله ﴿و﴾ يجب على الغاصب أن ﴿يستفدى﴾ لمغصوب متى خرج عن يده بوجه من الوجوه بشرطين :

﴿ أحدها ﴾ أن يكون المغصوب ﴿ غير النقدين ﴾ وهما الدراهم والدنانير فإن كان نقداً لم يلزم استفداؤه بل يرد مثله ولو وقفا ، وأما الفلوس فكسائر القيميات يجب على الغاصب استفداؤها وكذا المثلى .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يمكنه استفداؤه ﴿ بما لا يجحف ﴾ بحاله فإن استفداها المالك ممن صارت إليه وكان لا يمكن الغاصب أن يستفديه إلا بما دفع المالك رجع المالك بما دفع على الغاصب لأنه غرم لحقه بسببه ، وأما الأوراق من سجلات ونحوها إذا غصبها غاصب فيرجع بما يستفدى مثلها بمثله لا بما زاد على ذلك .

وإنما يبرأ الغاصب برد المغصوب إذا كان الرد ﴿ إلى يد المالك ﴾ أو من يده يده ولا يكفى الرد إلى منزله ولا إلى غلامه بل إلى يده أو إلى يد من أمره ﴿ إلا ﴾ أن يكون المغصوب عليه ﴿ صبيا أو نحوه ﴾ كالمجنون والسكران وكان ذلك الصبى

﴿ محجوراً ﴾ عن التصرف ﴿ فيها ﴾ أى فى مثل تلك العين فإنه لايرد إليه بل إلى وليه « وحاصل ذلك » أنه إن علم أنه صار إلى الصبي أو بالإذن جاز الرد إليه وإن علم أنه لم يؤذن بما يجيز الرد إليه وإن التبس رجع إلى العادة فما كان يعتاد هذا الصبي حمله جاز الرد إليه نحو مصحفه وثوبه ونعله ونقل مصحف المسجد وغير ذلك مما يعتاد تسليمه إلى الصبي جاز الرد إليه وإلا فلا بد من الرد إلى وليه .

﴿ أو ﴾ بالرد ﴿ إلى من أخذت منه ﴾ تلك العين المغصوبة وإن لم يكن مالكا ﴿ إلا ﴾ فى صورتين فإنه لا يبرأ بالرد فيهما إلى من أخذ منه « الأولى » : أن يكون الذي أخذ منه ﴿ غاصبا مكرها أو فى حكمه ﴾ فالمكره الذي يأخذه من دون رضى مالكه والذي فى حكمه الصبي والمجنون والسكران إذا لم يكن مأذونا ، كذلك الصبي والمجنون بأخذ تلك العين لا لفظا ولا عرفاً ضمن برد العين إلى يد الغاصب المكره أو إلى من فى حكمه ولم يبرأ بالرد إليه « وفائدة » ذلك أن من صارت العين إلى يده يطالبه مالكها بأجرتها منذ دخلت إلى يده ولو زالت يده بالرد إلى من أخذت منه فللمالك أن يطالب بالقيمة إذا تلفت والأجرة إلى أن ترد إلى يده أو إلى وقت التلف . قال أبو مضر : « أما اذا كان فى يد الغاصب بإذن المالك كأجرة البغىّ مع العقد برئ الثانى بالرد إلى الأول » ، قال الإمام عليه السلام وهذا الذى اخترناه فى الأزهار بقولنا « مكرها أو فى حكمه لأنه ليس بمكره ولا فى حكمه » .

فإن كانت الأجرة بدون عقد فلا يجوز الدفع إلا إلى البغىّ لا إلى المالك وهو الدافع لأنها قد ملكتها ويجب عليها التصدق بها فإن علم أو ظن أنها لا تخرجها لم يبرأ بالرد إليها بل يتصدق بها وتكون له ولاية فى ذلك .

﴿ و ﴾ ﴿ الصورة الثانية ﴾ ﴿ نحو راع ﴾ أخذت عليه شاة فأراد الغاصب ردها إلى الراعى ﴿ ليلا ﴾ وهو لا يعتاد حفظه لها فيه لم يبرأ بردها فى الليل سواء غصبها على الراعى أو على المالك وسواء غصبت ليلا أو نهارا . فلو ردها إليه فى غير وقت حفظها

وبقيت إلى وقت حفظها برئ الغاصب منها .

« والمسئلة » على أربعة أقسام : « الأول » أن يغصبها فى غير وقت حفظها ويردها فى وقت حفظها برئ « الثانى » أن يغصبها فى غير وقت حفظها ويردها إلى الراعى فى غير وقت حفظها فانه لا يبرأ « الثالث » أن يغصبها فى غير وقت حفظها ويردها فى وقت حفظها برئ « الرابع » أن يغصبها فى وقت حفظها ويردها فى غير وقت حفظها فإنه لا يبرأ من العين ، وأما الأجرة والقيمة فلا يبرأ إلا بالرد إلى المالك لا إلى الراعى .

﴿ ويبرأ ﴾ الغاصب من العين المغصوبة وكذا من الأجرة أو قيمتها ﴿ بمصيرها ﴾ يقيناً لا ظناً ﴿ إلى المالك ﴾ لها أو إلى من أخذت منه حيث له ذلك كما تقدم ﴿ بأى وجه ﴾ كان نحو أن يطعمه إياها قبل أن تستهلك كالعنب والزبيب وكذا لو باعها منه أو رهنها أو يعيره إياها أو نحو ذلك فانه يبرأ بشرط أن يكون المالك عند قبضه مختاراً أو مكرها وهو يلزمه قبضها وأن يكون على حال يصح الرد إليه ﴿ وان جهل ﴾ المالك مصيرها إليه . أما لو خبز الدقيق وأطعمه مالكه المكلف لم يبر لأنه قد استهلكه بالخبز وكذا لا يبرأ لو أطعمها الصبي أو المجنون المغصوب عليه إلا أن يكون له ولاية حال الإطعام بأن يكون قد تاب وولايته أصلية أو أعيدت له الولاية ممن له الولاية برئ وإلا فلا .

﴿ و ﴾ يبرأ الغاصب ﴿ بالتخلية الصحيحة ﴾ بين عين المغصوب وبين المالك مع علمه بأنه مالك ﴿ وإن لم يقبض المالك ﴾ تلك العين لا القيمة فلا بد من القبض إذ قد صارت دينا ﴿ إلا ﴾ أن يترك المالك قبض العين عند التخلية لها ﴿ لخوف ظالم ﴾ يمنع المالك من قبضها أو كان يخشى أن يأخذها عليه فلا تكفى التخلية لبراءة الغاصب مالم يرض المالك ، ﴿ أو نحوه ﴾ أى نحو خوف الظالم وهو أن يسلمها فى غير موضع الغصب فإنه لايجب عليه قبضها حيث لحملها مؤنة أو غرض يفوت لئلا تخالف المسئلة التى بعدها مالم يرض المالك .

﴿ ويجب ﴾ الرد ﴿ إلى موضع الغصب ﴾ إذا كان المالك فيه ﴿ وإن بعد ﴾ مجلس الغصب إذا كان لحمله مؤنة . أما إذا كان لا مؤنة لحمله ولا غرض يفوت فله أن يسلمه فى ذلك المكان ولو كره المالك ، ويجب قبضه لتبرأ ذمة الغاصب . فإن كان المالك غائباً بريداً ناب عنه فى القبض الحاكم ﴿ أو ﴾ طلب المالك العين المغصوبة فى مجلس غير موضع الغصب وجب على الغاصب تسليمها فى المجلس الذى وقع فيه ﴿ الطلب ان كانت ﴾ العين موجودة ﴿ فيـه ﴾ أى فى مجلس الطلب فإن لم تكن فيه لم يجب ، والقول للغاصب فى غيبتها عن مجلس الطلب .

﴿ و ﴾ إذا كانت العين المغصوبة فى جدار للغاصب لزمه هدمه وكذلك إذا كانت فى زجاجة له ولم يمكن استخراجها إلا بكسرها أو ابتلعتها بهيمة له أو لغيره يجوز ذبحها وجب شراؤها بما لا يجحف إن أمكن ووجب أيضاً أن ﴿ يهدم و ﴾ أن ﴿ يكسر ويذبح للرد ما هى فيه حيث له ذلك ﴾ يعنى حيث له أن يهدم ويكسر ويذبح فأما لو لم يجز له الهدم نحو أن يركب لوحاً مغصوبا على سفينة أو خشبة مغصوبة فى بيت وفى السفينة أو البيت نفوس محترمة ولم يمكنهم الخروج أو مال لغير الغاصب يخشى تلفه بنزع اللوح أو الخشبة ولو لم يجحف أو مال له يجحف به إذا تلف فإنه لا يهـدم حينئذ ، وكذا فى الكسر والذبح . فأما غير المأكول إذا ابتلع الجوهرة المغصوبة فانه لا يجوز له ذبحه . وكذا إذا خيط جرحه بخيط مغصوب ونزعه يضره وهو محترم الدم فإنه لا يجوز نزعه بل يلزم العوض .

﴿ مسئلة ﴾ وإذا أدخلت شـاة رأسها فى قدر الغير فتعذر التخلص إلا بكسر القدر أو ذبح الشاة : فإن كان القدر على الطريق فعلى صاحب القدر كسره ولا شىء على صاحب الشاة، وان كان القدر فى المنزل فلا تذبح الشاة بل يكسر القدر ويضمنه صاحب الشاة للنهى عن ذبح الحيوان لغير أكله .

﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن له الهدم أوالكسر أو الذبح حيث يكون للغير أوتعذر

عليه لوجه من الوجوه ﴿ فقيمة الحيلولة ﴾ يوم الغصب فى المنقول فقط لازمة له ﴿ على الأصح ﴾ من القولين ومعنى ذلك أنه يلزمه قيمة تلك العين المغصوبة لأجل أنه حال بينها وبين مالكها وأجرتها إلى وقت ردها أو التلف وإنما وجبت قيمة الحيلولة وان لم يكن الغاصب قد ملكها لينتفع بها لأنها عوض عن الانتفاع بالعين فتكون القيمة اباحة إلا أن يرد العين المغصوبة لأنها باقية على ملك مالكها فإن ردها فهى وفوائدها الأصلية والفرعية لمالكها. وأما قيمة الحيلولة حيث سلم القيمة بالبينة والحكم أو بقول المالك وصادقه الغاصب أو بنكول الغاصب أو رده اليمين فيردها المالك فإن كان فيها فوائد ردها مع البقاء وضمنها مع التلف وان تلفت العين المغصوبة تقاص الغاصب والمالك فى العين المغصوبة والأجرة وفوائدها من قبل المالك والعوض وفوائده من قبل الغاصب أو ترادّا إن كان لأحدهما زيادة .

« نعم » فإذا تعذر الرد لزم قيمة الحيلولة ﴿ كعبد ﴾ غصبه غاصب ثم ﴿ أبق ﴾ من يد الغاصب ﴿أوأى شىء﴾ مغصوب من المنقول خرج من يد الغاصب و ﴿تنوسخ﴾ أى تنوقل ﴿ فتعذر ﴾ على الغاصب ﴿ رده ﴾ لمالكه فى الحال ضمن قيمته لمالكه ولا يشترط الإياس من عوده ، فإن أخذ من الغاصب قيمته من غير ملافظة ثم ظفر به فإنه يكون له ويرد للغاصب ما أخذ منه مع فوائده كما تقدم .

﴿٣٠٧﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ و ﴾ العين المغصوبة ﴿ إذا غيرها ﴾ الغاصب مع أكثر منافعها ﴿إلى غرض﴾ يتعلق بها فى الغالب فى بلد التغيير ولا عبرة بكونه غير غرض فى غير تلك البلد وذلك كذبح الحيوان الذى يصلح للأكل وليس بأضحية ولو قطعه كباراً وتقطيع الثوب قميصاً خاطه أم لا أو نحو ذلك فإذا كان التغيير إلى غرض مقصود ﴿ خير ﴾ المالك ﴿ بينها ﴾ أى بين أخذ العين ﴿ وبين القيمة ﴾ فإن شاء أخذها ﴿ولا أرش﴾ يستحقه وإن شاء

أخذ قيمتها سليمة يوم الغصب ما لم تكن العين وقفا فليس له أن يختار القيمة بل يختارها بعينها مع أرشها ، ﴿ إلا ﴾ أن يكون ذلك التغيير ﴿ في ﴾ شيء يمكنه تقويمه على انفراده ﴿ نحو الخصى ﴾ في العبد المغصوب فإن أرش الخصى مقدر في نفسه فيستحق المالك الأرش وهو قيمته يوم الجناية قبل الخصى لأن الغاصب قد أتلف بعض أعضاء العين المغصوبة ، ولو كان العبد هو الذى خصى نفسه في يد الغاصب خير المالك إن شاء أخذ العبد بعينه وأرش الخصى وإن شاء أخذ قيمته سليما من الخصى ﴿ وإن ﴾ كان الخصى قد ﴿ زادت به ﴾ قيمة العبد مع تجدد الغصب بالنقل للعبد بعد الخصى فإنه لا يسقط الأرش بتلك الزيادة بل يخير المالك إن شاء أخذ قيمته سليما من الخصى أو مخصيا مع الزيادة ونحو الخصى ذهاب يد زائدة وذلك لأن أرشها مقدر وهو حكومة ثلث ديته الأصلية فصار للمالك في العبد ثلاثة خيارات إن شاء أخذه مع الأرش كما تقدم وإن شاء أخذ قيمته سليما وإن شاء أخذ قيمته مخصيا مع الزيادة إذا تجدد الغصب . وفائدة اختيار قيمته سليما مع كونها أقل أنها تبرأ ذمة من هي عليه من الزيادة ولا تجب عليه الزيادة بعد اختيار القيمة وصار ملكا للغاصب بغير اختياره وليس له الرجوع .

﴿ و ﴾ إن غيّر العين المغصوبة ﴿ إلى غير غرض ﴾ كتمزيق الثوب أو تخييطه بما لا غرض يتعلق به في بلد التغيير وذبح المهزول الذى لا يرغب أهل البلد في أكله ﴿ ضمن ﴾ الغاصب ﴿ أرش ﴾ النقصان ﴿ اليسير ﴾ وهو النصف فما دون ولا خيار للمالك بل يأخذ العين وأرشها ﴿ وخيّر ﴾ المالك ﴿ في ﴾ النقصان ﴿ الكثير ﴾ وهو ما زاد على النصف ﴿ بين ﴾ أخذ ﴿ قيمتها صحيحة و ﴾ بين أخذ ﴿ عينها مع الأرش ﴾ فإن ادعى الغاصب أن النقص يسير ليسلم الأرش والمالك قال كثير ليختار قيمته سليما فالقول قول الغاصب لأن الأصل عدم النقص . قال في البستان : « وهذا التخيير فيما هو مضمون على الجاني من قبل جنايته كالمغصوب والمرهون وما في يد الأجير المشترك ،

وأما الجناية على ما ليس فيه سبب يوجب ضمانه كمن جنى على بهيمة الغير فلا خيار فى ذلك بل يأخذه مالكه مع الأرش وفاقاً » .

﴿ و ﴾ أما حكم ﴿ فوائدها ﴾ أى العين المغصوبة ﴿ الأصلية ﴾ والفرعية الحادثة عند الغاصب فهى ﴿أمانة﴾ فى يد الغاصب كلبن طائر ﴿ فلا يضمن ﴾ منها ﴿ إلا مانقله لنفسه ﴾ أو لها لأنه يصير بذلك غاصباً لا إذا نقله لمصلحة كسقيه ورعيه لم يضمن إلا أن يكون الرد ممكنا فلو اختلفا هل نقله لنفسه أو لمصلحة المغصوب فالقول قول المالك لأن ظاهر فعل الغاصب التعدى ﴿ أو جنى عليه ﴾ فيضمن ضمان جناية لا ضمان غصب ﴿ أو لم يرد ﴾ تلك الفوائد وتراخى ﴿ مع الإمكان ﴾ فانه يضمنها لأن هذا حكم الأشياء التى تصير إلى الإنسان بعد اختياره كما تقدم فى وارث الوديع والمضارب وفيما ألقته الريح فى دار الإنسان بغير اختياره .

﴿ فرع ﴾ ومن غصب بقرة وهى حامل فقد ضمن بالغصب البقرة مع حملها حتى لو تلفت حاملا لزم قيمتها يوم الغصب حاملا . وإذا صار الولد إلى يده صار أمانة إلى أن يتفق أحد الثلاثة الأمور، فإن تلف على وجه لا يضمنه ضمن قيمة أمه حاملا كما قلنا وان تلف على وجه يضمن بعد أحد الثلاثة الأمور ضمن قيمة أمه غير حامل لأنه مضمون بذلك فلا يضمن قيمته متكرراً .

﴿ واعلم ﴾ أن الثمر فى الشجرة المغصوبة يخالف الحمل، فإذا غصب الشجرة وهى مثمرة فالثمر مضمون وليس كالحمل لا إن حدث الثمر من بعد الغصب فكالحمل ، ولعل الفرق بين الثمر والحمل ان الحمل يدخل فى البيع تبعاً للأم فيتبعها فى الغصب ويضمن الغاصب قيمة الأم مع الحمل وإذا حدث بعد الغصب صار أمانة إذ قد ضمنه مع قيمة أمه، وأما الثمر فلا يدخل تبعاً فى البيع فكأن الشجرة وثمرتها شيئان يضمنهما الغاصب معاً وأما إذا حصل الثمر بعد الغصب فلا إشكال انه أمانة .

﴿٣٠٨﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان غرامة الغاصب وما يلزمه للمالك وما لا يلزمه . ﴿ و ﴾ اعلم أن الغاصب ﴿ لا يرجع ﴾ على المالك ﴿ بما غرم فيها ﴾ أى فى العين المغصوبة سواء كان للبقاء أو للنماء نحو أن تكون دابة فعلفها أو شجراً صغاراً فغرسها وسقاها حتى كبرت لا ان كان الغرس بعد الفساد فقد ملكها ويلزمه القيمة للأشجار الصغار يوم الغصب أو حيوانا صغيرا فكبر أو مهزولا فسمن أو جريحا فداواه حتى برئ أو ثوبا فقصره أو صبغه أو أديما فدبغه أو عوداً فجعله دواة أو نوى فدقه حتى صلح للعلف فلا يرجع الغاصب بما غرم فى هذه الصور كلها ﴿ وإن زادت به ﴾ قيمة العين المغصوبة بذلك لأنه متعد وليس لعرق ظالم حق، ويخيّر المالك ان زادت بالصباغ والدباغ والدق ونحوها بين أخذها بزيادتها أو بين أخذ قيمتها قبل حصول تلك الزيادة لا لو زادت بالسمن والكبر وتعلم الصنعة فيأخذها المالك بزيادتها ولا خيار له ولو نقصت بذلك نقصان سعر أو نحوه إلى غرض وإلا فالتخيير ثابت .

﴿ و ﴾ إذا كان الغاصب قد زاد فى العين المغصوبة زيادة كان ﴿ له فصل ماينفصل بغير ضرر ﴾ يلحق العين المغصوبة من حلية أو بناء أو غرس ولو تضررت الزيادة بالفصل دون المزيد عليه لأن الغاصب متعد بوضعها وللمالك قلعها بما لا يجحف سواء تمرد الغاصب عن القلع أم لا ولا يلحق الغاصب أرشا . ﴿ وإ ﴾ ن ﴿ لا ﴾ تنفصل تلك الزيادة إلا بمضرة تلحق العين المغصوبة ﴿ خير المالك ﴾ بين أن تقلع الحلية ويأخذ أرش الضرر من غير فرق بين اليسير والكثير لأنه قد رضى بالفصل أو يدفع قيمة الحلية للغاصب منفردة لا مركبة وهذا إذا عرف الضرر قبل الفصل . فأما لو لم يعرف إلا بعد الفصل فانه ينظر فيه فإن كان يسيراً استحق المالك الأرش من غير تخيير حيث كان إلى غير غرض ، وإن كان كثيراً خيّر بينها وبين القيمة كما مر فى الفصل المتقدم قبل هذا .

وقد دخل فى هذه المسئلة لو غصب أرضاً فبنى فيها بناء أو غرس غروسا فعلى الغاصب رفعهما بما لا يجحف فلو كانت تنقص برفع البناء أو الغروس وعرف ذلك قبل رفعهما خير المالك بين رفعهما أو أخــذ قيمتها يوم القلع مثاله أن تـكون قيمتها عشرين من غير نظر إلى الغروس أوالبناء فلما قلعت أو رفع البناء نقصت قيمتها خمسة فيجب على الغاصب أن يسلم العشرين وهى قيمة العرصة يوم القلع إن اختار المالك القيمة .

﴿ فرع ﴾ فان كانت العين لشخص والزيادة لآخر وهو يحصل ضرر كل واحد ثبت الفعل ولزم الأرش .

﴿ و ﴾ إذا زرع الغاصب فى الأرض المغصوبة ببذر منه فالزرع له ويجب ﴿ عليه قلع الزرع ﴾ من أرض المالك ﴿ وإن لم يحصد ﴾ أى وان لم يبلغ حد الحصاد لأنه متعد بالوضع إلا أن يرضى المالك ببقاء الزرع إلى الحصاد بأجرته ، وإذا نقصت قيمة الأرض بالقلع لزم الغاصب ذلك فإن لم تنقص لزمه ما يغـرم فى إصلاحها إلى حالها الأول . ﴿و﴾ يلزم الغاصب ﴿أجرة المثل﴾ للعين المغصوبة مدة الغصب ﴿ وان لم ينتفع ﴾ بها إذا كان ذلك مما يؤجر لا ممـا لا يؤجر كالنقدين والمثليات فلا تلزم الأجرة فيها على الغاصب إلا أن يجرى عرف بالتأجير كالعيار والتجمل لزمه الأجرة وكذا المسجد والقبر والمصحف فيجب أجرتها وان كانت مما لا يؤجر .

﴿ فرع ﴾ فلو كان المغصوب ثوبا أو نحوه ولم يلبس بل بقى معـه مدة طائلة لو لبسه فى بعضها لخلق فإنه يلزمه أجرة الثوب لمدة بقائه عنده وإن لم يلبس .

﴿ فإن ﴾ تصرف الغاصب فى العين المغصوبة سواء ﴿ أجر أو نحوه ﴾ من العقود التى تلحقها الإجازة كبيع أو هبة أو نحوهما ﴿ فموقوف ﴾ ذلك التصرف على إجازة المالك إذ الغاصب فضولى فإن أجاز لفظا أو أجرى منه ماهو بمعنى الإجازة كالمطالبة بالأجرة مع علمه بالتأجير صحت الإجارة واستحق المسمى ان علم قدره مالم يغبن ، فإن غبن ثبت له الخيار . ويسقط لزوم الأجرة والضمان عن الغاصب بإجازة المالك لتصرفه من يوم الإجازة

وتصير العين والأجرة فى يده أمانة سواء أجاز قبل القبض أم بعده ، وأما إذا لم يجز المالك بقى العقد موقوفا حتى يرد أو يفسخ واستحق المالك أجرة المثل يطالب بها من شاء من الغاصب أو المستأجر وحيث يطالب الغاصب بأجرة المثل وقد أجره بأقل لزم الغاصب أن يوفى إلى قدر أجرة المثل وإن أجر بأكثر لزمه دفع أجرة المثل والزائد عليها لا يستحقها الغاصب لعدم ملكه للأصل ، وحيث يطالب المالك المستأجر فإن كانت الأجرة المسماة مثل أجرة المثل سلمها للمالك وإن كانت أكثر لم يلزم أن يسلم إلا أجرة المثل، وان كان المسمى أقل من أجرة المثل لزم المستأجر توفية المسمى إلى قدر أجرة المثل ولا يرجع على الغاصب بما وفى من ذلك ان كان قد علم أن العين غصب أو انتفع بها، فإن لم يعلم بالغصب ولا انتفع رجع على الغاصب لأنه غرم لزمه بسببه .

﴿ و ﴾ يجب على الغاصب ﴿ أرش ما نقص ﴾ من العين المغصوبة إذا كان بغير فعله ولو بأمر غالب كتهدم الدار وجرح الدابة وغرق السفينة وتحطم السيارة وأرض محروثة فصلبت أو نحو ذلك فانه يلزم الغاصب إذا رده أرش ذلك النقصان وهو ما بين القيمتين ﴿ ولو ﴾ كان الناقص ﴿ بمجرد زيادة ﴾ حصلت ﴿ من فعله ﴾ يعنى من فعل الغاصب فانه إذا أزال تلك الزيادة ضمنها لأن المالك قد استحقها وذلك ﴿ كأن ﴾ يكون قد ﴿ حفر بئراً ﴾ فى دار أو أرض غصبها فارتفعت قيمتها لأجل تلك البئر ﴿ ثم ﴾ إن الغاصب ﴿ طمّها ﴾ أو طمت بغالب حيث يضمن الزيادة فانه يضمن ما نقص من قيمة الأرض بسبب طم البئر وهـذا حيث لا يلزم الغاصب الطم شرعا بأن يكون التراب الذى أخرجه من البئر موضوعا فى مباح أو فى ملك صاحب الأرض برضاه أما لو كان يلزم الغاصب الطم شرعا فلا يلزم ما نقص من قيمة الأرض بالطم وذلك كأن يكون التراب الذى أخرجه من البئر موضوعاً فى الطريق أو فى ملك الغير أو فى ملك المغصوب عليه بغير رضاه فانه فى هذه الصور يلزم الغاصب إزالة التراب إلى موضع خروجه وهى البئر ، وإذا فعل ذلك لم يضمن ما نقص من الأرض المغصوبة بالطم أيضاً

إلا أن يجد مكانا مباحا لرد التراب إليه أو ملكا للمغصوب عليه برضاه مع كون ذلك المكان مساويا فى المسافة للبئر ولا يلحق الغاصب بالنقل زيادة فى المشقة أو الغرامة فان طم البئر مع وجود أحد هذه الأماكن ضمن ما نقص .

﴿ فرع ﴾ وحكم الطم ان طلبه صاحب الأرض لم يلزم كمن هدم جداراً لغيره لم يلزمه إصلاحه بل يلزمه الأرش إلا حيث الحفر فى شارع أو طريق فهو منكر يجب إزالته وان طلب الغاصب طم البئر فله ذلك لئلا يضمن ما وقع فيها قبل رضى المالك فأما بعد رضى المالك فلا شىء على الغاصب قال فى البرهان : « وكذا لو منعه المالك عن الطم فهو رضى » .

﴿ إلا ﴾ نقصان ﴿ السعر ﴾ فإنه لا يضمنه كالو غصب دابة قيمتها مائتا درهم فردها وقيمتها مائه فقط لم يلزمه ما نقص اذا كان زيادة السعر ونقصانه يرجع إلى الرغبات لا لو تجدد الغصب كأن يتمكن من الرد ولم يرد حتى حصل النقص فى السعر فيضمن ذلك النقص فى القيمى فقط لا المثلى فيرده أو مثله ، ولا يضمن السعر مطلقا .

﴿ قيل و ﴾ كذا لا يضمن الغاصب ﴿ الهزال ونحوها ﴾ التحاء الشاب وشيب الملتحى وسقوط ثدى الكاعبة واغتصاب فرد نعل ـ قيمة الزوج عشرة فنقصت قيمة الباقى حتى صارت لانفرادها تساوى درهمين فقط وكان قيمة الفرد بالانضمام إلى الآخر خمسة : فقال الإمام الهادى ان ذلك النقص غير مضمون ﴿ فى ﴾ الشىء ﴿ الباقى ﴾ وهو خلاف المختار، لا التالف فلا خلاف فى ضمانه ، والمختار أن الهزال ونحوه من الصور المتقدمة مضمون على الغاصب ما نقص من القيمة فى الباقى بسبب ذلك الهزال ونحوه سواء كان المغصوب باقيا ورده على مالكه أم تالفاً فيضمن ثمانيـة دراهم فى النعل خمسة عن الفردة المغصوبة وثلاثة لنقص الباقية .

﴿٣٠٩﴾ ﴿فصل﴾

فى حكم ما يشترى بالمغصوب وما تملك به العين المغصوبة وحكم غلتها ﴿ و ﴾ اعلم أن الغاصب ﴿ يملك ما اشترى بها ﴾ أى بالعين المغصوبة ولو من المغصوب عليه النقد ﴿ أو ﴾ باعها واشترى ﴿ بثمنها ﴾ شيئاً معيناً مدفوعا إذا كانت العين المغصوبة أو ثمنها ﴿ نقدين ﴾ من الذهب أو الفضة المضروبين التعامل بهما ولو منشوشين وأما الفلوس النافقة فكسائر المثليات فى أحكام الغصب فإن باع ذلك الشىء وربح فيه ﴿ و ﴾ جب عليه أن ﴿ يتصدق بالربح ﴾ وربح الربح ما تدارج لا ربح رأس المال . مثاله لو غصب عشرين ديناراً أو عينا باعها بعشرين ديناراً واشترى بها شيئا باعه بخمسة وعشرين فالربح خمسة دنانير يلزمه أن يتصدق بها فإن اشترى بالخمسة والعشرين شيئا باعه بخمسين ديناراً فكلُّ دينار أدخل ديناراً ربحاً والربح الأول أصله خمسة دنانير وربحه خمسة المجموع عشرة دنانير يلزمه أن يتصدق بها وهى الربح وربحه ورأس ماله وهو عشرون ديناراً وربحه عشرون ديناراً فلا يلزمه التصدق بها لأنه ربح ماله الخالص تطيبله فوائده، وهذا حيث اشترى بعين الدراهم ودفعها لا لو اشترى فى الذمة ثم دفع هذه الدراهم المغصوبة فلا يتصدق بالربح بل يطيب له .

﴿ و ﴾ يملك الغاصب ﴿ مااستهلكه بخلطه ﴾ سواء خلطه بملكه أو بملك غيره[1] حتى تعذر التميز وليس من ذوات الأمثال المستوية جنساً ونوعاً وصفة ، وأما المختلف نوعه أو صفته فيملكه كما مرّ مع تعذر التميز بما لايجحف ﴿ أو ﴾ فعل فيه فعلا كان سبب ﴿ إزالة اسمه و ﴾ إذهاب ﴿ معظم منافعه ﴾ فإنه يصير بذلك مستهلكا له فيملكه كالقطن يغزله وينسجه أو بيضاً فيحضنه أو حباً فطحنه أو دقيقا فخبزه ونحو ذلك فإن الغاصب يملكه وليس للمالك أخذه ولا بد من اعتبار زوال الاسم

(١) لا يملك مالك فكما مر آخر فصل ٢٦٩ فى المضاربة اهـ

وزوال معظم المنافع وكون زوالها بفعل الغاصب لالو زال الاسم فقط وبقى أعظم المنافع أخذها صاحبها نحو أن يذبح الغاصب الشاة ثم قطعها آخر ثم طبخ اللحم آخر لم يكن استهلاكا بل يلزم كل واحد أرش مافعل ﴿ ويطيب له ﴾ أى للغاصب الشيء المستهلك ﴿ بعد المراضاة ﴾ لمالكه باللفظ أو دفع القيمة أو بالحكم بالملك فلو تصرف قبل المراضاة ببيع أو هبة أو نحوهما لم يصح تصرفه . وكذا مالكه لايتصرف فيه إلا برضا الغاصب وله منعه ولو بالقتل إذ قد ملكه .

﴿ و ﴾ إذا كان الغاصب يخشى فساد تلك العين المغصوبة المستهلكة إذا انتظر مراضاة المالك وهو غائب ونحو ذلك وجب عليه أن ﴿ يتصدق ﴾ ولو فى هاشمى ﴿ بما خشى فساده قبلها ﴾ أى قبل المراضاة ولا ينتفع هو بتلك العين إلا حيث لم يمكن البيع ولا تصرف فيمن يلزمه نفقته ولا فى أصوله وفصوله كالزكاة لأنه قد ملكها بالاستهلاك فإن لم يتصدق بها أو بثمنها مع التمكن ضمن قيمتين للفقراء وللمالك .

﴿ ويملك ﴾ العين المغصوبة ﴿ مشتريها ﴾ ومتملكها بغير البيع ﴿ الجاهل ﴾ حال عقد الإجارة لغصبها ﴿ غلتها ﴾ وهى الأجرة التى أجرها بها وإنما استحق ذلك فى مقابل ضمانه للرقبة ﴿ و ﴾ لهذا يلزمه أن ﴿ يتصدق بما تعدى قيمة الرقبة ﴾ لأن الكراء إنما طاب له لأجل ضمانه لها فما زاد من الغلة على قيمتها تصرف به ولو حصلت الغلة فى أوقات فإنه لايملك إلا بقدر قيمة الرقبة من كل غلة ، ويتصدق بالزائد ، فان كانت الأجرة فى كل مرة دون قيمة الرقبة لم يجب عليه التصدق بشيء وإن تعدت بالنظر إلى المجموع . فإن كان حال عقد الإجارة عالما لغصبها لم يطب له شيء من الكراء ، وأما المكترى من المشترى فلا يعتبر جهله بل يكون العقد صحيحا ولو كان عالما بكون العين مغصوبة ولا يلزمه إلا ما اكتراه به قل أم كثر والإجارة صحيحة أجاز المالك أم لا ﴿ وعليه ﴾ يعنى على المشترى ﴿ الأجرة ﴾ وهى أجرة المثل للمالك قلت أم كثرت وإن كانت أكثر رجع بالزائد على البائع .

﴿٣١٠﴾ ﴿فصل﴾

فيما يجوز للمالك فعله فى العين المغصوبة ومايصح له الرجوع به ومالايصح وحكم المصالحة : ﴿ و ﴾ اعلم أنه يجوز ﴿ للمالك ﴾ ونحوه كالولى والوكيل والموقوف عليه والمستعير والمستأجر والمستثنى للمنافع والموصى له بها - تفريغ ملكه عما شغله به الغاصب وله ﴿قلع الزرع ﴾ من أرضه ونحوه من غرس وبناء وغيرهما ولو كره الغاصب ﴿و﴾ له عليه ﴿ أجرته ﴾ أى أجرة ما عمل لذلك القلع إن كان لمثله أجرة ونوى الرجوع عليه وإن لم يمتنع الغاصب ولا غاب ﴿ ولو ﴾ فعل ذلك ﴿ مستقلا ﴾ بغير إذن الحاكم ولا مراضاة الغاصب لأن ولايته فى ملكه أخص من غيره فإن تشاجرا على من يقلع كان المالك أولى لئلا يستعمل الغاصب ملكه ﴿ و ﴾ لكن ﴿ لا ﴾ يجوز له أن ﴿ يفسد ﴾ زرع الغاصب فى وقت لا يكون لبقائه أجرة فى ذلك الوقت ﴿إن تمكن﴾ من قلعه ﴿ بدونه ﴾ أى من غير إفساده فإن لم يمكن القلع أو كان لبقاء مثله مدة القلع أجرة جاز إفساده ولو ليلا إذا خشى من قلعه نهاراً إثارة فتنة فإن أفسد وهو متمكن من الإزالة من دون إفساد أو لا يكون لبقائه أجرة ضمن مابين قيمة الغرس مقلوعا صالحا للغرس فى محل آخر وقيمته فاسداً فإن لم يكن له قيمة بعد القلع ضمن قيمته مقلوعا صالحا للغرس .

﴿ و ﴾ للمالك ﴿ الرجوع بالعين ﴾ المغصوبة وأرش نقصانها ﴿ والأجرة ﴾ لمدة بقائها عند الغاصب إن كان لها أجرة وإن لم تؤجر ﴿ على كل ﴾ واحد ﴿ ممن ﴾ كان قد ﴿ قبض ﴾ تلك العين المغصوبة لا باذن الشرع ، فإن كان بإذن الشرع كالضالة واللقيطة أو لخوف عليها أو منها فلا يضمن الأجرة ويبرأ بالرد إلى الموضع المعتاد فإن لبثت العين المغصوبة مع كل غاصب مدة ليس لمثلها أجرة كانت على الأول لأنه حال بينها وبين المالك . مثال ذلك : لو غصب العين ثلاثون رجلا ثلاثين يوما وكان

اليوم الواحد لا أجرة له ووقفت العين مع كل واحد يوما فإن الأول يطالب بأجرة الثلاثين ويرجع على من يليه بأجرة تسعة وعشرين يوما ثم كذلك إلى أن ينتهى إلى ما لا أجرة له وهو الآخر فيطالب بالعين فقط . قال فى حاشية السحولى : « غالبا احترازاً من المستأجر من المشترى الجاهل لغصبها فإنه لايطالبه المالك بالأجرة لأنه قد برئ بتسليمها إلى المشترى أو نحوه المؤجر منه » .

﴿ و ﴾ اذا صارت العين المغصوبة الى يد رجل جهل كونها غصبا فغرم فيها غرامة بأن علفها أو صبغها أو بنى عليها جداراً ثم قبضها مالكها بعد الحكم له بها كان لهذا ﴿ المغرور ﴾ الذى صارت الى يده أن ﴿ يغرم الغارّ ﴾ له غراماته فى الصبغ والعلف وكلما استهلكت وأجرة البناء وأجرة النقض وأرش مانقص من الآلات بسبب ذلك حيث أعطاه اياها ولم يعلمه انها غصب وأما الأحجار وغيرها فهى باقية على ملكه فلا يرجع بذلك لأنها لم تستهلك ويرجع أيضا على غار الغار حيث تعذر تغريم الغار لتمرده أو غيبته ﴿ ولو ﴾ كان الذى أعطاه اياها ﴿ جاهلا ﴾ أنها غصب كأن يكون مغروراً أيضا فإنه لايسقط الرجوع عليه بالغرامات بل يسلم للمشترى (كلما غرم فيها) أى فى تلك العين ﴿ أو بنى عليها ﴾ ويرجع هو على الذى غره بها سواء كان بعوض أم لا لأن احسانه بطل بالتغرير ثم كذلك حتى ينتهى الرجوع الى الذى غصبها عالما أم جاهلا الا أن يكون الأول مشفوعا منه وسلم بالحكم لم يرجع عليه اذ لم يغر الشفيع .

﴿ إلا ﴾ أن المغرور لا يغرم الغار ﴿ ما ﴾ كان قد ﴿ اعتاض منه ﴾ كلو سكن الدار وزرع الأرض وركب على الدابة ولبس الثوب ثم سلم الأجرة فلا يرجع بها على البائع لاستيفائه عوضها ومالم يعتض به رجع على الغار أو ضمن له ضمان الدرك رجع به على البائع ولو مع العلم ﴿ والقرار ﴾ فى ضمان العين المغصوبة إذا تنوسخت ﴿ على الآخر ﴾ منهم قبضاً وإن كان كل واحد من القابضين مطالباً . ومعنى كون قرار الضمان

عليه أنه إذا طالبه المالك غرم ولم يرجع على أحد بما غرم وإذا طالب المالك غيره رجع عليه ذلك الغير بما دفع ، وإنما يكون قرار الضمان على الآخر ﴿ إن علم ﴾ أن تلك العين مغصوبة فحينئذ يستقر عليه الضمان ﴿ مطلقاً ﴾ تلفت عنده بغير اختيار أو أتلفها هو سواء كانت العين منقولا أم غير منقول ، وسواء كان صغيراً أم كبيراً فإنه يضمن لعلمه بذلك ماتلف عنده ﴿ أوجنى ﴾ عليها وإن لم يكن عالما بغصبها فلو لم يجن ولا علم فقرار الضمان على من تلفت تحت يده ويرجع على من غره . وقد يذكر فى بعض الحواشى : « إن هذا فى المنقول لاغير المنقول فالقرار على من تلفت تحت يده ولو بأمر سماوى وأن جهل غصبه لما مر[1] من قوله « فلا يضمن من غير المنقول إلا ما تلف تحت يده » وظاهره الإطلاق فينظر ما الفرق « قلت » « ذلك مطلق مقيد بهذا كما أشرنا بهذا هناك .

﴿ غالباً ﴾ احترازاً من بعض الجناة فانه لا يضمن وان جنى ، وان ضمن رجع على الأول وذلك نحو الخياط إذا استؤجر على تقطيع ثوب مغصوب وهو لايعلم فقطعه قميصاً أو نحوه فنقص بهـذا التقطيع فإن الخياط يغرم أرش ذلك النقص ويرجع به وأجرة المثل على الذى أمره وإن كان هو الجانى فان كان عالما ضمن ولا أجرة له ، وكذلك لو أمر الجزار بذبح الشاة ونحو ذلك فإنه كتقطيع الثوب قميصا ، وكذا المشترى للمغصوب الجاهل لغصبه إذا تصرف فى المبيع من تقطيع الثوب أو ذبح الشاة ونحوهما فلا يكون قرار أرش النقصان إلا على الآمر والبائع لا الجانى هذا إذا كان التغيير إلى غير غرض فى الغالب ، وأما إذا كان إلى غرض فلا أرش على أيهما بل يخير المالك كما تقدم فى التغيير إلى غرض .

﴿ و ﴾ إذا أبرأ المالك آخر الغاصبين حيث كان قرار الضمان عليه فإنهم جميعا

(١) أول كتاب الغصب اه .

﴿ يبرؤن بيراءته[١] ﴾ أو تمليكه مع تلف العين فإن كانت باقية فإنه يبرأ وحده فإن تلفت فى يده لم يضمنها ما لم يجن أو يفرط وللمالك تضمين الباقين ﴿ لا ﴾ إذا أبرأ ﴿ غيره ﴾ أى غير من قرار الضمان عليـه فانه لا يبرأ الباقون بيراءته بل يبرأ وحده، وللمالك تضمين من شاء من الباقين وسـواء كانت العين باقية أم تالفة ﴿ وإذا صالح غيره المالك ﴾ أى مالك العين المغصوبة صالح غير من قرار الضمان عليه من الغاصبين فإما أن تـكون المصالحة بمعنى الابراء أوبمعنى البيع فالأول أن تـكون العين قد تلفت والمصالحة من جنس مايلزم من القيمة أو المثل عوضا عنها ، والثانية أن تـكون العين باقية أو تالفة والمصالحة من غير جنس ما يلزم عوضا عنها كأن تكون قيمية فاللازم قيمتها من الدراهم حيث وقعت المصالحة بحيوان أو طعام وقد أشار الإمام عليه السلام إلى أحكام كل منهما بقوله ﴿ فبمعنى الابراء ﴾ وهو أن يصالحه مثـلا بخمسين درهما وقد تلفت العين وقيمتها ثمانون فقد صالحه ببعض ما يلزم من جنسه ونوعه وصفته ، والحـكم انه ﴿ يرجع ﴾ المصالح ﴿ بقدر ما دفع ﴾ للمالك بالمصالحة ورجوعه على من قرار الضمان عليـه من سائر الغاصبين وإن لم ينو الرجوع لأنه كالضامن والمضمون عنه ولا فائدة فى الرجوع على من بعده لأنه يرجع عليـه إلا أن يكون قرار الضمان عليه ﴿ ويبرأ ﴾ وحـده ﴿ من الباق ﴾ من القيمة ﴿ لا هم ﴾ فلا يبرؤن ما لم يصالح عن الـكل برئوا .

﴿ فرع ﴾ يقال سيأتى فى باب الـكفالة أن الـكفيل إذا صالح برئ الأصل من الباق إن لم يشترط بقاؤه وسـواء كان الصلح بمعنى البيع أم بمعنى الابراء لأن المصالحة وقعت على أصل الدين فينظر فى الفرق بين هذا وبين ما سيأتى. قلت: «الفرق أن الـكفالة مأمور بها وهنا ليس بمأمور » .

(١) من قيمة العين فقط لا من الأجرة فلا يبرؤن منها وهو يبرأ من حصته منها. وهذا فى الابراء لا فى التمليك للعين فلا يبرأ من قدر حصته اه

﴿ و ﴾ أما إذا كانت المصالحة ﴿ بمعنى البيع ﴾ فحيث العين باقية أو قد تلفت وصالح عن اللازم بغير جنسه أو نوعه أو صفته أو بجميع ذلك اللازم ولو من جنسه فالحكم أن المصالح ﴿ يملك ﴾ تلك العين الباقية أو عوضها المخالف لما صالح به وهو مشتر لذلك وليس من شراء مافى ذمة الغير لأنه شراء مافى ذمته وذمة غيره وما فى الذمة كالحاضر فهو يشبه شراء الضامن لما ضمن به لغيره فيشترط أن يذكر الثمن والمبيع. ذكر ذلك فى البحر ﴿ فيرجع ﴾ الثالث وهو المصالح ﴿ بالعين ﴾ وفوائدها على من قرار الضمان عليه من الغاصبين وهو من العين فى يده ﴿ إن بقيت ﴾ ولم تتلف ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ تكن باقية بل تلفت ﴿ فا ﴾ لواجب له ا ﴿ لبدل ﴾ لها بمثلها إن كانت من المثليات وقيمتها إن كانت من القيميات ، هذا إن تلفت قبل المصالحة فأما لو لم تتلف إلا بعدها فإن الصلح يبطل كالبيع يبطل بتلف المبيع قبل قبضه فيرجع بما قد قبض من العوض على مالكه وقد برئ المصالح من الضمان بالعقد ، وهكذا لو اتهب تلك العين أو ملكها بأى وجوه التمليك فيرجع ذلك المملك بالعين إن بقيت أو البدل إن تلفت كالمصالحة ورجوعه يكون على من قرار الضمان عليه .

﴿٣١١﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان مايلزم الغاصب إذا تلفت العين فى يده ﴿ و ﴾ اعلم أنه يلزمه ﴿ فى تالف المثلى مثله ﴾ جنساً ونوعاً وصفة ﴿ إن وجد فى ناحيته ﴾ أى فى ناحية موضع الغصب وهى البريد فى الأصح فيجب رد المثل إلى مالكه والمثلى هو ماضبطه مكيال أو ميزان وقل التفاوت فيه كالحيوان والأدهان من السمن والسليط وغيرهما والألبان قبل مزجها بالماء والدقيق والبيض والحبوب والبن والصافى[1] ، والجوز إن قدر بالوزن لا بالعدد من دون وزن فقيمى وقدر التفاوت المعفو عنه هو نصف العشر فإن زاد فهو قيمى

(١) البن هو ما دام فى قشره والصافى هو بعد فصل القشر منه اه .

ولو ضبط بمكيال أو ميزان كالقشر والعسل واللحم والحب إذا تسوس أو دفن والمخلوط ولو من جنسه كذرة حمراء وبيضاء ، فهذه الأشياء وإن كانت مضبوطة بالكيل والوزن فهى قيمية لكثرة التفاوت فيها وإن كان اللحم فى الربويات مثلياً والعلس والحب المخلوط بجنسه مثلى بحيث يحرم بيعه بجنسه للاستواء فى الجنس والتقدير فهما قيميان باعتبار ضمان الغاصب لهما يضمنهما بقيمتهما لا بمثلهما لعدم إمكان رد المثل .

﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يوجد المثل فى بريد الغصب ولم يحصل التراضى بالتأخير إلى أن يوجد المثل ﴿ فقيمته يوم الطلب ﴾ لا يوم الغصب إن قارن التسليم فإن تأخر التسليم فقيمته فى يوم التسليم . قال فى حاشية السحولى : « فإن سلم القيمة ولم يحصل لفظ مصالحة أو قضاء كان حكمها حكم قيمة الحيلولة فمتى وجد المثل فهو اللازم فيجاب إليه من طلبه » .

﴿ و ﴾ إنما يجب مثل المثلى إذا وجد مثله فى البريد و ﴿ صح للغاصب تملكه ﴾ يوم الغصب ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يصح للغاصب تملكه نحو أن يغصب المسلم خمراً أو خنزيراً على ذمى فإن كان باقياً وجب عليه رده بعينه ولو مباشرة لا تخلية لأنهم مقرون عليه . وإن كان تالفاً ﴿ فقيمته ﴾ تجب عليه ﴿ يوم الغصب ﴾ إذا غصبه من موضع يجوز لهم سكناه فإن كانوا فى موضع لا يجوز لهم سكناه فلا يضمن لأن وقوفهم فى ذلك المكان يجرى مجرى النقض للعهد إلا أن يكون السكون فى خطط المسلمين لمصلحة بإذن الإمام أو من صلح من المسلمين صارت كخططهم فى ضمان ما أخذ من أموالهم والمواضع التى لا يجوز لهم سكناها إلا بإذن الإمام أو من صلح من المسلمين لمصلحة يراها وله الرجوع عن الإذن متى شاء هى ما اختص بالمسلمين واختصاصه بأحد وجهين :

﴿ الأول ﴾ أن يخصه الشرع وهى جزيرة العرب وسيأتى فى كتاب السير أثناء فصل ٤٦١ تفصيل حدودها .

﴿ والوجه الثانى ﴾ بأن يختطه المسلمون .

﴿ و ﴾ يشترط فى ضمان المثل بمثله إذا استمر مثلياً إلى وقت الاستهلاك وكان مثليا عند الغاصب والمغصوب منه و ﴿ لم يصر بعد ﴾ الغصب ﴿ أو مع أحدها قيميا وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يكن كذلك بل غصبه وهو مثلى ثم صار قيميا قبل الاستهلاك أو كان فى يد الغاصب قيميا ومع المغصوب منه مثليا أو العكس ﴿ اختار ﴾ المالك فى هاتين الصورتين إن شاء طلب المثل أو القيمة حيث هو قيمى عند الأخذ أو عند مصيره قيميا حيث هو عند الأخذ مثلى وصورة ذلك فى العنب لأنه يوزن فى جهة ولا يوزن فى أخرى ونحو أن يغصبه عنبا ويتلفه زبيبا أو السنابل ويتلفها حبا أو الحب ويتلفه مبلولا أو مدفونا فحصل من هذا أنه لا يتعين رد المثل إلا بشروط ثلاثة : « أحدها » أن يوجد فى البريد . « الثانى » أن يصح للغاصب تملكه . « الثالث » أن لا يصير فى موضع أحدهما قيميا .

﴿ و ﴾ أما إذا كان التالف قيميا فالواجب ﴿ فى ﴾ التالف ﴿ القيمى ﴾ من الأصل ﴿ قيمته يوم الغصب ﴾ فى بلد الغصب لا يوم التلف . قال فى البيان : « ويعتبر فى القيمة شهادة عدلين خبيرين بذلك وتعتبر قيمته عند من يليق به ككتب الفقه عند أهله وكتب النحو عند أهله وآلة كل صنعة عند أهلها ولا يعتبر بمن ينافس فى ذلك الشيء ولا بمن ينفر عنه ويجوز للشاهدين الخبيرين أن يشهدا بالقيمة بما غلب فى ظنهما لأنه لا يحصل فى ذلك إلا الظن والغاصب مخير فى ضمان ذلك بأحد النقدين الدراهم أو الدنانير ولو جرت العادة بأحدهما فقط ومن أيهما أبرأه المالك برىء من الكل »

﴿ وإن تلف ﴾ القيمى ﴿ مع زيادة غير مضمونة ﴾ فلا يلزم الغاصب إلا قيمة العين يوم الغصب لا تلك الزيادة نحو أن يغصب حيوانا مهزولا قيمته ألف درهم ولم يتلف

إلا وقيمته ألفان ولم يتجدد غصب بعد زيادة القيمة كنقل لنفسه أو الجناية على ذلك المزيد فيه أو عدم الرد مع الإمكان فلا يلزم الغاصب إلا الألف وإن حصل أحد الثلاثة الأمور ضمن الألفين .

﴿ و ﴾ أما ﴿ فى ﴾ الزيادة ﴿ المضمونة ﴾ بأحد الأمور الثلاثة سواء كانت الزيادة فى عينه كالسمن والكبر أم فى قيمته فإن المالك ـ أو وارثه وكذا الوصى ـ ﴿ يخير بين ﴾ تضمين الغاصب ﴿ قيمته يوم ﴾ تجدد ﴿ الغصب ﴾ فى الزيادة ﴿ مكانه و ﴾ بين تضمينه قيمة التالف ﴿ يوم التلف ومكانه ﴾ وإذا اختار أحدهما برئ الغاصب من الثانى : « نعم » ﴿ ويتعين الأخير ﴾ وهو التقويم يوم التلف ومكانه ﴿لغير الغاصب﴾ وهو حيث كان المستهلك جانياً غير غاصب نحو أن يتلفها قبل أن ينقلها فإنه لا يلزمه إلا قيمتها فى موضع إتلافها ﴿ وإن قل ﴾ ما يقوم به فى ذلك المكان وهو كثير فى غيره لم يلزم إلا هو كأن يجنى على سفينة فى حال اضطرابها وخشية تلفها وهذا المسئلة من مسائل الجنايات لا من مسائل الغصب وإنما ذكرها الإمام عليه السلام ملحقاً بالبحث .

﴿ فرع ﴾ فإن لم يكن له قيمة فى موضع الجناية فلا شىء على الجانى وإن كان له قيمة لكن لا يتعامل به فى تلك البلد حتى يعرف قيمته رجع إلى أقرب بلد إليها يقوم ذلك الشىء فيها فلو كان فى البلد موضعان تختلف القيمة فيهما أو قامت بينتان بقيمتين مختلفتين لزم الأقل من تقويمهما لأن الأصل براءة الذمة .

﴿ فرع ﴾ فإن ادعى الغاصب أنه كان فى المغصوب عيب ينقص قيمته فالبينة عليه لأن الأصل السلامة من العيوب فإن اتفقا على العيب لكن اختلفا هل حصل عند الغاصب أو من قبل الغصب فالقول قول الغاصب فإن كان المغصوب عبداً لا يد له واختلفا هل هو من أصل خلقه أو قطعت عند الغاصب فالقول قول المالك لأن الظاهر تمام الخلقة .

﴿ وما لا يقوم وحده فمع أصله ﴾ نحو أن يهدم بيت الغير أو يحفر أرضه أو يفسد زرعه ولم يمكن تقويمه على انفراده ولا جرت العادة بالانتفاع به فإنه يقوم مع أصله لتعرف قيمته فتقوم الأرض معمورة وغير معمورة فما بينهما فهو قيمة البناء وكذا مزروعة وغير مزروعة ومحفورة وغير محفورة فلو كان مما ينتفع به في العادة اعتبر تقويمه منفرداً كالمشمش قبل نضجه فإن لم تنقص القيمة لزم أجرة من يصلحها كما كانت .

﴿ مسئلة ﴾ من جفر قطعة أرض غيره وفيها ماء يسيل فلا شيء على الفاجر لأن الماء حق ، لكن يؤدب على ذلك .وإن كان الماء مملوكا بالنقل من الديار وغيرها لزم الفاجر عوض الماء فقط إذا كانت الأرض غير مزروعة وإن كانت مزروعة ضمن أرش نقص الزرع .

﴿ ويجب ﴾ على من أخذ شيئاً بغير رضى مالكه ﴿ رد عين ما لا قيمة له ﴾ كتمرة وزبيبة وسنبلة ويجب استفداؤه بما لا يجحف ﴿ لا ﴾ لو كان قد تلف ما لا قيمة له أو يتسامح به فإنه لايلزم تسليم ﴿ عوض تالفه ﴾ سواء كان قيمياً أم مثلياً ﴿ إلا ﴾ فى صورتين : ﴿ إحداهما ﴾ أن يكون المتلف ﴿ مثلياً ﴾ كالحب والزبيب فإنه يجب رد مثله وإن لم يكن له قيمة إذا كان ﴿ لا يتسامح به ﴾ فإن كان قدراً يتسامح به فإنه لايجب رد بدله فإن أتلف مثله بعد ذلك حتى صار الأول والآخر إذا اجتمعا لم يتسامح به فالمختار أنه لا يجب الضمان سواء كان فى مجلس واحد أم مجلسين متصلين أم منفصلين ولو نوى أخذ الجميع لأنه لما أتلف الأول لم يثبت فى ذمته شيء فكذلك الثانى والثالث لو وقع إتلافه . وهذا إذا لم يكن فى يده ، وأما إذا كان فى يده ضمنه سواء كان أمانة أم ضمانة ، وسواء نقلها أم لا لأنه قد خان وجنى وساء فى الحفظ ﴿ وإن تلف بعد تقويمه ﴾ وهو أن يأخذ الشيء ولا قيمة له ثم لم يتلفه حتى صار له

قيمة فإنه يجب عليه ضمان قيمته فى أول وقت يثبت له فيه قيمة وما زاد بعد ذلك من القيمة فهو كالفوائد .

﴿ و ﴾ إذا اختلف الغاصب والمغصوب عليه فى العين المغصوبة أو فى قيمتها كان ﴿ القول للغاصب ﴾ مع يمينه الأصلية ﴿ فى القيمة ﴾ المتصادة ﴿ والعين ﴾ والجنس والنوع والصفة والقدر ، وكذا القول للغاصب فى الزرع الذى فى الأرض المغصوبة أنه له لا المالك ، وكذا فى أمتعة الدار التى تنقل، وكذا فى ثياب التجمل التى على العبد لا البذلة إلا أن تتقادم مدة الغصب حيث يكون الظاهر أنها من عند الغاصب ولا تسقط اليمين عن الغاصب لو بين بقدر القيمة لأن البينة لم تشهد باليقين بل الظن قال الإمام عليه السلام : بخلاف ماتقدم فى الإجارة أن اليمين على المبين المعمول فيه فإن الأجير إذا عين فهو مدع لبراءة ذمته مع استحقاق الأجرة على قدر عينه فكانت البينة عليه لدعوى استحقاق الأجرة . ولا يقال ينتقض بالرهن لأن الرهن مستحق للقبض بخلاف الغصب ﴿ وبينة المالك ﴾ على أن قيمته كذا أو على أن هذه العين هى المغصوبة ﴿ أولى ﴾ من بينة الغاصب لأن بينة المالك خارجة فى الوجهين معاً .

﴿٣١٢﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان حكم المغصوب إذا تلف وعوضه لا ينقسم بين أربابه وحكمه إذا التبس مالكه ومايتعلق بذلك ﴿ و ﴾ إذا كان المغصوب مملوكا لجماعة فتلف وعوضه لاينقسم وجب أن ﴿ يسقط ﴾ لزوم ﴿ عوض ﴾ ذلك ﴿ التالف ﴾ عن ذمة الغاصب ولا شىء للمصالح ولا بيت المال ﴿ حيث لا قيمة لحصصه لو قسم ﴾ بينهم فأما لو كانت العين باقية وجب أن يردها لهم جميعا لأنه يجب رد عين ما لا قيمة له كما تقدم وكذا من مات وعند غيره له دين وله ورثة كثير بحيث يأتى نصيب كل واحد ما لا قيمة له أو مما يتسامح به فانه يسقط الدين حيث لا تركة للميت يضم إليها بحيث يأتى نصيب كل

وارث ما ليس له قيمة وإلا لزم القضاء .

﴿ وتصير للمصالح ﴾ أو الفقراء ﴿ تركة ﴾ الغاصب إذا ﴿ صارت لنقصانها ﴾ عن الوفاء بقيمة المغصوب أو ما أخذه برضا أربابه ﴿ كذلك ﴾ يعنى لا يأتى نصيب كل واحد من المستحقين للعوض إلا ما لا قيمة له فى القيمى أو يتسامح به فى المثلى إلا أن يبرئ بعضهم وكانت التركة إذا قسمت بين الباقين صار لكل واحد ما له قيمة كانت التركة للباقين لا للمصالح وكذا إذا كان حصة أحدهم لها قيمة أخذ حصته من مال الميت فقط ، فإذا مات الغاصب وقد أتلف العين المغصوبة وتركته لا تفى بها صارت تلك التركة للمصالح ولا يستحق الوارث شيئاً لأن الميت أولى ببراءة ذمته بقدر ما يصير إلى المصالح ، والمراد بالمصالح المساجد والعلماء والطرقات ومعاهد العلم والمستشفيات والسقايات وحفر الآبار وكسوة الكعبة والفقراء وكل ما فيه مصلحة عامة للمسلمين والهاشمى إذا كان فقيراً وفيه وجه مصلحة غير نسبه وإلا فلا ﴿ وكذلك ﴾ يصير ﴿ هو ﴾ أى عوض التالف ﴿ أو العين ﴾ المغصوبة للمصالح ﴿ باليأس عن معرفة المالك[1] ﴾ لتلك العين ﴿أو﴾ باليأس عن ﴿انحصاره﴾ بأن يكون المالكون غير منحصرين وييأس الغاصب لمشقة حصرهم ﴿ وحينئذ ﴾ يعنى حين تصير العين للمصالح ﴿ تعدد القيمة ﴾ والأجرة ﴿ بتعدد المصرف ﴾ سواء كان المتصرف جماعة واحداً بعد واحد أو فى حال واحدة بغير إذن الشرع لا بتعدد التصرف كالبيع ونحوه ، والمراد بالقيمة فى القيمى والمثل فى المثلى من نقد وغيره ذكره فى الأثمار وحكم الفوائد حكم الأصل تعدد على المتصرفين إذا حصل أى الأمور المتقدمة وإلا فهى أمانة ، وإنما قلنا يضمن كل واحد من الجماعة قيمة القيمى ومثل المثل لأن العين إذا صارت لله تعالى فما لزم من القيمة تكون بمنزلة الكفارة كما لو اجتمع جماعة على قتل صيد فى الحرم . وأما التركة حيث صارت لنقصانها

(١) ولا يجب التعريف بالمظلمة التى جهل مالكها ولا بالوديعة ونحوها التى التبس مالكها.

عن الوفاء بالمظالم للمصالح فلا يتعدد فيها الضمان للمصالح بتعدد المتصرف لأنها بمقام العين المغصوبة المتعين مالكها .

﴿فرع﴾ وأما لو تعدد التصرف من واحد بالنقل مرة بعد مرة دون المتصرفين فان تخلل إخراج العوض بين التصرفات تعدد عليه العوض ، وإن تعدد التصرف من دون تخلل إخراج للعوض لم يلزم إلا عوض واحد كمن زنا بامرأة مراراً فلا يلزمه إلا حد واحد .

﴿فرع﴾ فلو كان الإمام قد قبض من كل واحد من المتصرفين قيمة ثم عرف المالك فلعله يسلم له الإمام قيمة ويكون عن الآخر منهم الذى عليه قرار الضمان ويرد على الباقين مادفعوا أومثله من بيت المال إذا صرف للفقراء القيمة التى دفع المتصرفون . وأما لو دفع إلى الفقير القيمة التى قبضت ممن أتلفها أو العين أو ثمن العين إذا بيعت لخشية فسادها فقرار الضمان على الفقير .

﴿وإن بقيت العين﴾ وصارت إلى المصالح لم يسقط عنهم ما قد لزم كل واحد إلا الآخر الذى دفعها إلى الإمام أو الحاكم أو الفقير فقد برئت ذمته وإن اجتمعوا فى التسليم إلى المصالح سقط عنهم قيمة واحدة ويلزمهم باقى القيم على الرؤوس

﴿وولاية الصرف﴾ للمظالم التى لا يعرف أربابها ﴿إلى الغاصب﴾ إذا وجدت لسبب منه فأشبهت النذر والكفارة وليس للإمام ولاية صرفها إلا إذا عرف تراخى الغاصب عن الإخراج أجبره على إخراجها أو أخذها منه وصرفها ما لم يكن الغاصب مصرفاً لها فيحمل على السلامة انه صرفها فى نفسه ﴿ولا يصرف فيمن تلزمه نفقته﴾ ولا فى أصوله وفصوله مطلقا ﴿إلا العين﴾ وكذا ثمنها حيث باعها لخشية الفساد أو أتلفها غيره وضمن وفوضه فى صرفها فإنه يجوز له صرف ذلك فيمن تلزمه نفقته ولو والداً أو ولدا لأنه لم يخرجها عن شيء يجب عليه بل هى وثمنها ملك للفقراء ﴿وفى﴾ صرف العين فى ﴿نفسه خلاف﴾ المختار جواز ذلك كالوكيل المفوض .

﴿و﴾ إذا كانت عين المظلمة باقية وجب أن يصرفها بعينها و ﴿لا تجزى القيمة﴾ فى القيمى أو المثل فى المثلى إذا أراد صرف العوض ﴿عن العين﴾ بل الواجب إخراج العين المغصوبة ﴿ولا﴾ يجزى إخراج ﴿العرض عن النقد﴾، ولا النقد عن النقد، ولا المثل عن المثل مع بقائهما ﴿وتفتقر القيمة﴾ والمثل عند الصرف إلى المصالح ﴿إلى النيـة﴾ حيث كانت القيمة لازمة له فلا يصح إخراجها إلا بنية كونها عن المظلمة لتخرج عن التبرع كالزكاة لا إذا كان لزومها على الغير فلا بد من التفويض إذ ولاية صرفها إلى من لزمته ﴿لا العين﴾ نفسها أو ثمنها أو القيمة كما قلنا أولا فلا تفتقر عند إخراجها إلى المصرف إلى النية لأنها بمنزلة ما هو للمصرف إذا صير إليه .

﴿و﴾ العين المغصوبة ﴿إذا غاب مالـكها﴾ أو التبس ﴿بقيت﴾ فى يد الغاصب ولزمه حفظها ﴿حتى﴾ يقع ﴿اليأس﴾ من حياته كما مر فى النكاح أو يصح خبر موته أو لحوقه ﴿ثم﴾ يسلمها بعد ذلك ﴿للوارث﴾ إن كان له ورثة ﴿ثم﴾ إن لم يكن له ورثة سلمها ﴿للفقراء أو المصالح﴾ لأن الفقراء من جملة المصالح ﴿فإن عاد﴾ المالك من غيبته أو علم بعد التباسه وجب - على من كانت العين باقية فى يده من الغاصب أو الفقير - ردها لأنه انـكشف عدم استحقاقه و ﴿غرم﴾ قيمة ﴿التالف﴾ أو مثـله ﴿الدافع﴾ وهو الصارف حيث كان صرف ﴿العوض﴾ بنـفـسه ﴿إلى الفقراء﴾ لأنه قد خرج من أهله وصادف محله ، وأما لو صرف العين أو ثمنها أو القيمة من الغير فلا يضمن الدافع ما صرفه إلى المصرف بل يرجع المالك على من صرفت إليه ويجب على المصرف من فقير أو غيره أن يردها إن كانت باقية مع أجرتها وإن لم يستعمل أو يغرمها إن كانت تالفة ويرجع على الصارف بما لزمه إذا لم يجن ولا فرط ولا شرط عليه الرد ﴿لا﴾ إن صرف العين أو العوض ﴿إلى الإمام أو الحاكم﴾ ليحفظها لبيت المال أو ليصرفها فى الفقراء ﴿فبيت المال﴾ تـكون الغرامة منه لا على الصارف أما لو أعطى الإمام على جهة الصرف إليه فـكالفقير على التفصيل فى العين أو العوض فلو تلفت

تحت يد الإمام ونحوه لا بجناية ولا تفريط فلا رجوع إذ هي كالوديعة .

﴿ وإن التبس منحصر ﴾ المراد أن مالك العين التبس بمحصورين فقياس العبارة المؤدية هذا المعنى أن يقال : « وإذا التبس المالك بمنحصرين » ﴿ قسمت ﴾ تلك العين على رؤوسهم ﴿ كما مر ﴾ في الشركة إذا اختلطت الأملاك لا بخالط ولا يتصور دعوى الزيادة والفضل في هـذه الصورة . وأما مفهوم عبارة الأزهار فالمالك متعدد والتبس بمنحصر فدعوى الزيادة والفضل تتصور في هـذه الصورة وعلى مفهوم الأزهار بنى ابن مفتاح رحمه الله شرحه المنتزع من الغيث .

﴿ فرع ﴾ فإن كانت العين لجماعة والتبس انحصارهم وعدمه وعرف بعضهم لا حصته فإن كان في المعروفين مصلحة صرف فيهم وإلا فأقل ما يثبت في الذمة .

﴿ ولا يسقط ﴾ عن الكافر ﴿ بالإسلام ﴾ ولو كان الإسلام ﴿ بعد الردة ما يجامع ﴾ صحة إخراجه ﴿ الكفر ﴾ كالمظالم التي مصرفها المصالح والديون وخراج أرضه ومعاملتها وحد القذف والقصاص . وأما ما كان لا يلزم في حال الكفر كالزكاة والفطرة والكفارة سواء كانت معينة في المال أم في الذمة فإنها تسقط بالإسلام ولو كان الإسلام بعد الردة « غالباً » احترازاً من كفارة الظهار فلا تسقط لأنها مشوبة بحق آدمي .

﴿ ولا يضمن ﴾ الغاصب ﴿ ما منع عنه مالكه ﴾ أو نحوه ﴿ بالزجر ﴾ أو بالحبس أو بالقيد فلو أن رجلاً منع رجلاً آخر من أرضه أو داره بأن توعده إن دخلها أو تصرف فيها لم يصر ذلك ضامناً للأرض ولا للدار ﴿ مالم تثبت اليد ﴾ يعني يد المانع مع التلف في غير المنقول أو النقل في المنقول لا بمجرد ثبوت اليد فقط فلا يصير ضامناً .

﴿ و ﴾ إذا أمر رجل رجلاً آخر أن يسكن داراً لغيره أو يحرث أرضاً لغيره أو يأخذ منقولاً ففعل فإنه ينظر فإن كان الآمر قوياً والمأمور ضعيفاً فإنه ﴿ يضمن أمر الضعيف ﴾ إذا كان الآمر ﴿ قوياً فقط ﴾ لا إذا كان الآمر كالمأمور في القوة أو

الضعف أو أضعف من المأمور فإن الآمر لا يضمن ومهما يكن الآمر قويا والمأمور ضعيفا فمعنى ضمان الآمر أن للمالك أن يطالب بأجرة العين ، وكذا القيمة ولو كان تلفها فى يد المأمور (و) لكن (القرار) فى الضمان (على المأمور) لأنه المستهلك للمنافع ولا يرجع بما سلم على الآمر ويرجع الآمر بما سلم إذا طالبه المالك على المأمور بشرط أن يكون المأمور مختاراً عالماً أو جانياً ولو جاهلاً أما لو كان جاهلاً كونه للغير أو كان مكرها بحيث سلب اختياره فلا يكون قرار الضمان على المأمور بل على الآمر وإذا طولب المأمور فله الرجوع على الآمر المكره ولا حكم لاستيفائه المنفعة أو نحوها لأنه مكره كمن أكرهه الغير على أكل مال نفسه فإنه يرجع على المكره ولو صار ملكه معه ، أما إذا كان المأمور جانيا فقرار الضمان عليه ولو جاهلاً أنها للغير . وأما من دَلّ ظالماً على مال الغير فأخذه أو ألقى إليه ما سبب تغريم الغير فلا يضمن الدال والملقى ما أخذه الظالم أو سبّب تغريمه بل يؤدب فقط إذا تحقق أنه غير محق فى رفعه .ويضمن ما صار إليه من مال المظلوم ولو قبضه بالوكالة للظالم . وكذا لا يضمن الظلمة ما سرق أعوانهم ولا ما قتلوا ولا ما أخذوا من الرشوة حيث لم يكره الظلمة أعوانهم على أخذها ، والله أعلم .

«٣١٣»

كتاب العتق (١)

العتق بمعنى الإعتاق وهو إزالة الرق عن الآدمى ، والأصل فيه ـ قبل الإجماع ـ قول الله تعالى : « فتحرير رقبة(٢) » ، وخبر الصحيحين : « أيما رجل أعتق امرأ مسلما استنقذ الله بكل عضو منه عضوا منه من النار حتى الفرج بالفرج » . وأركانه ثلاثة : معتق ، وعتيق ، وصيغة .

فصل

فى بيان من يصح منه الإعتاق ومن يصح عتقه من المماليك ، وما يتعلق بذلك :

﴿ و ﴾ اعلم ان الاعتاق ﴿ يصح من كل مكلف ﴾ مختار أو مكره ونواه ويصح من السكران مميزا كان أم غير مميز ﴿ مالك ﴾ مطلق التصرف ﴿ حاله ﴾ فلاينفذ من المحجور عليه إلا بإجازة الغرماء أو فك الحجر أو إيفاء الدين .. فشروط المعتق ثلاثة : أن يكون بالغاً ، وأن يكون عاقلاً احترازاً من المجنون ، وأن يكون مالكا عند إيقاع اللفظ « غالباً » فلو قال : كل عبد أملكه فهو حر لم يصح . أو قال لعبده المعين ان ملكتك فأنت حر لم يعتق عندنا ولو كان مالكا له لأنه علق عتقه بملك مستقبل . وقولنا غالبا احتراز من أن يعتق ما تلد جاريته فإنه يصح وان لم يكن مالكا فى الحال لكونه وجد السبب وكذا الحكم إذا أعتق الممثَّل به كما يأتى .

وأما من يصح عتقه فاعلم انه يصح ﴿ لكل مملوك ﴾ فكل من ملكت رقبته صح عتقه سواء ملك بالشراء أم بالسبى أم بالإرث أم بالهبة وسواء كان قِنًّا أم مدبرا

(١) قد بنينا شرح كتاب العتق وما يتعلق به على الاختصار لأن مسائله نادرة فمن العبث التطويل لغير جدوى اه (٢) الآية فى سورة النساء وفى غيرها اه .

أم مكاتباً أم أم ولد ، وسواء كان صغيرا أم كبيرا عاقلا أم مجنوناً مسلماً أم فاسقا أم جنيناً فى بطن أمه إذا علم أنها تأتى به لدون ستة أشهر من يوم العتق ويكفى الظن فى وجوده ﴿ ولو ﴾ كان المعتِق والمعتَق معاً ﴿ كافرين ﴾ ولو فى دار الحرب ﴿ ولا تلحق الإجازة ﴾ من المالك لذلك العتق ﴿ إلا عقده ﴾ سواء كان على مال أو غرض أوعليهما فانها تلحقه الإجازة إذا وقع من فضولى كسائر العقود ﴿ ولا ﴾ يصح فى العتق شرط ﴿ الخيار ﴾ بل ينفذ العتق ويبطل الشرط سواء كان العتق مطلقا أم معقودا على مال أم على غرض ﴿ إلا الكتابة ﴾ فيصح فيها الخيار .

﴿٣١٤﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان صيغة الإعتاق والأسباب التى يقع العتق عندها وإن لم يقع لفظ :

﴿ و ﴾ اعلم أن العتق ﴿ له ألفاظ وأسباب ﴾ أما ألفاظه فهى على ضربين : صريح وكناية ﴿ فصريح لفظه ما لا يحتمل غيره ﴾ انشاء أو خبراً أو اقرارا أونداء ولوهازلا أو ظنه غير مملوكه أو بعجمى عرفه والذى لا يحتمل غيره هو كل لفظ اذا أطلق لم يحتمل معنى سوى العتق وذلك هو لفظ التحرير والإعتاق. والعتق فى ذلك ﴿ كالطلاق ﴾ فى كونه يصح نداء ﴿ نحو يا حرّ ﴾ أو يا عتيق أو يامولاى ولو ظنه غير عبده ﴿ و ﴾ خبرا نحو ﴿ أنت مولاى أو ﴾ أنت ﴿ ولدى ﴾ أو هو ولدى كان صريحاً فى عتقه إذا عرف أن ذلك يقع به العتق سواء قصد به العتق أم لا كسائر ألفاظ الصريح ، ومن ذلك لو قال فككت رقبتك عن الرق أو أطلقتك من الرق فإنه صريح .

﴿ فإن أكذبه الشرع ﴾ حيث قال للعبد هو ابنى ، والشرع يقضى بكذبه بأن يكون مشهور النسب لغيره ﴿ ثبت العتق لا النسب ﴾ وإن لم يكن مشهور النسب ثبت العتق والنسب معاً مع المصادقة لفظاً أو سكتا . فإن رد البالغ الإقرار فى المجلس

أو مجلس بلوغ الخبر أو كان صغيرا فرد حيث علم البلوغ ثبت العتق لا النسب ﴿ و ﴾ ان أكذبه ﴿ العقل بطلا ﴾ معا أى العتق والنسب نحو أن يقول هو ابنى ومثله لا يولد لمثله .

﴿ و ﴾ أما ﴿ كنايته ﴾ فهى ﴿ ما احتمله وغيره ﴾ وذلك ﴿ كأ ﴾ ن يقول لعبده أ ﴿ طلقتك ﴾ فإنه يحتمل الإطلاق من الوثاق والإطلاق من الرق ولا يتعين أحدهما إلا بالنية ومثل هذا لو قال أنت حرٌّ صبور أو ما أشبهك بالأحرار أو العرب تزكية له أو توبيخا فإنه لا يعتق إلا أن ينوى ، ومن ذلك لو قال لعبده هو أخى أو هذا عمى أو أبى أو ابن أخى أو غير ذلك من سائر ذوى الأرحام أو قال لست لى بعبدٍ أو لست لك سيدا أو لا ملك لى عليك أو لاسبيل لى عليك أوقد خرجت عن ملكى أو أنت مالك نفسك أو أطلقتك فذلك كله كناية لا يعتق إلا مع النية ﴿ و ﴾ كما لو سئل عن عبده فقال ﴿ هو حر ﴾ أو لزيد أو للمسجد فلا يكون إقرارا إذا قال ذلك ﴿ حذرا من القادر ﴾ أن يأخذه عليه بل يكون كناية ﴿ كالوقف ﴾ أى وكذا الوقف لو سئل الرجل عن ماله فقال هو وقف خوفا من الظالم أن يأخذه لم يصر بذلك وقفا فى ظاهر الحكم ان لم ينوه .

﴿ إلا ﴾ ألفاظ صريح ﴿ الطلاق و ﴾ ألفاظ ﴿ كنايته ﴾ فإنها وإن احتملت العتق والطلاق فليست بكنايات للعتق عندنا إلا أطلقت فهو كناية فى الطلاق والعتق . ﴿ و ﴾ كذا لو قال السيد لعبده أنت على حرام أو ﴿ بيعك لا يجوز ﴾ أ ﴿ و أنت لله ﴾ فإن ذلك عندنا ليس بصريح ولا كناية لعدم استعمالها فيه لغة ولا اصطلاحا .

﴿ و ﴾ أما ﴿ أسبابه ﴾ التى يقع بها العتق من دون إعتاق المولى فهى خمسة :

﴿ الأول ﴾ ﴿ موت السيد ﴾ أو ردته مع اللحوق ﴿ عن أم ولده ومدبرته ﴾ فإذا كان للسيد أم ولد أو مدبر سواء كان ذكرا أم أنثى فإنهما يعتقان بموته ﴿ مطلقا ﴾

أى سواء مات حتف أنفه أم بقتلهما إياه أم غيرهما ﴿ و ﴾ لو كان لأم الولد والمدبرة أولاد ومات السيد ﴿ عن أولادهما[1] الحادثين بعد مصيرهما كذلك ﴾ أى فيما حصل من الأولاد بعد التدبير أو الاستيلاد فإنهم يعتقون بعتقهما ، وسواء عتقا بموت السيد أم بإنجازه عتقهما . فأما لوكان حدوثهم متقدماً عن الاستيلاد والتدبير لم يعتقوا بعتقهما.

﴿و﴾ اعلم ان أم الولد والمدبرة وأولادهما يثبت لهم حكم الحرية بموت السيد و﴿لهم قبله ﴾ أى قبل موت السيد ﴿حكم الرق﴾ فيطأ ويؤجر ويستخدم وله كسبهم وارثهم وعليه نفقتهم وجناية كل واحد إلى قدر قيمته . وعلى الجملة فجميع أحكام الرق ثابتة لهم ﴿ غالبا ﴾ احتراز من بيعهم فلا يجوز ، ومن إنكاح أم الولد قبل عتقها لأولادها فيجوز إنكاحهم إذ لا فراش لهم .

﴿ و ﴾ ﴿ السبب الثانى ﴾ ﴿ تمثيل المالك به بنحو لطم ﴾ فى وجهه ولو لم يملك إلا بعضه ولو كان سكرانا أو كانا كافرين سواء كان اللطم بيده أو بنعله أو آلة ، وفى غير الوجه ما كان دامية فصاعدا ويكفى التحام الدم فيها ، ومن المثلة الخصى فمتى فعل السيد بعبده شيئا من ذلك كان سببا فى العتق ﴿ فيؤمر ﴾ السيد بإعتاقه يعنى أن الإمام يأمر السيد بإعتاق العبد لأجل ذلك ﴿ وان لم يرافع ﴾ السيد وإن عفى العبد أيضا وان لم تكن المثلة فى وقت إمام ﴿ فإن تمرد ﴾ السيد عن إعتاقه أو غاب بريدا ﴿ فالحاكم ﴾ يعتقه وجوبا ﴿ والولاء ﴾ فيه ﴿ للسيد ﴾ سواء أعتقه هو أم الإمام أم الحاكم لتمرده ، ولا يجوز لسيده استخدامه ولا يطأ الجارية لكن إذا فعل فلا أجرة ولا مهر ولا حد ولو مع علم التحريم لأنها ملكه ، ويصح أن يعتق المثل به عن عتق فى الذمة نحو أن يقول علىّ لله أن أعتق عبدا فيصح أن يعتق المثل به عن النذر .

﴿ و ﴾ ﴿ السبب الثالث ﴾ ﴿ ملك ذى الرحم المحرّم ﴾ نسبا ولو اختلفت الملة كالآباء وإن علوا والأولاد وإن سفلوا ولو من زنى والاخوة وأولادهم والأعمام

---

(١) وكذا أولاد البنات ما تناسلوا اه .

والأخوال لا أولادهم فتى ملكه عتق عليه سواء كان العتق متناولا ﴿ لجميعه أو بعضه ﴾ وسواء دخل فى ملكه باختياره كالشراء ما لم يقم فيه شفيع أم بغير اختياره كالإرث ﴿ فيضمن ﴾ المتملك ﴿ لشريكه ﴾ بشروط ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ ﴿ إن ﴾ يكون ﴿ اختار التملك ﴾ بأن يشتريه أو يتهبه فلو لم يختر التملك بل ورثه لم يضمن فأما إذا أوصى له به أو نذر به عليه فإن قلنا انهما يفتقران إلى القبول فكالبيع وإن قلنا انهما لا يفتقران وهو المختار فلا يضمن كالميراث لأن ملكهم قد حصل قبل الرد وحصل العتق ما لم يرد .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون ﴿ موسراً ﴾ يوم العتق وهو من يملك قدر حصة الشريك غير ما استثنى للمفلس فإن وجد شيئا سلمه وسعى العبد فى الباقى أما لو ملكه باختياره وهو معسر لم يضمن لشريكه .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يكون تملكه إياه من دون رضاء شريكه وإنما تملكه ﴿ بغير إذنه ﴾ فلو اشتراه برضاه لم يضمن له شيئا ، وليس من شرطه أن يؤاذنه لفظا بل لو باع نصف عبده من أخ العبد عتق جميعه ولم يضمن المشترى لأن بيع المالك كالرضاء به إذ لا فرق فى إسقاط الحقوق بين العلم والجهل ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ تجتمع الشروط الثلاثة بل اختل أحدها لم يضمن و ﴿ سعى العبد ﴾ بقيمة قدر حصة الشريك حيث استوت القيمة والثمن وإلا سعى بالأقل ولا يرجع بما سعى والولاء للسيد سواء ضمن أو سعى العبد .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان : ومن ملك جارية وولدها ثم حبلت منه وادعاه ثم مات عتق ولدها من حصة أخيه الحمل ان ولدته حياً ، ويسعى العبد لباقى الورثة فى قيمة نصيبهم يوم مات السيد .

﴿ و ﴾ ﴿ السبب الرابع ﴾ ﴿ انقضاء حيضتى أم ولد الذمى بعد إسلامها ﴾ فانها تعتق ولا عدة عليها وكذا أم ولد الحربى ﴿ ان لم يسلم ﴾ سيدها ﴿ فيهما ﴾ فإن أسلم

قبل انقضاء حيضتين بقيت على ملكه أم ولد له وإذا انقضت حيضتاها ولم يسلم سيدها عتقت بمضى المدة واستأنفت بعد عتقها عدة أخرى ﴿ و ﴾ لزمها أن ﴿تسعى﴾ لسيدها بقيمتها يوم العتق .

﴿ و ﴾ ﴿السبب الخامس﴾ ﴿دخول عبد الكافر﴾ الحربى ﴿ بغير أمان دارنا فأسلم قبل ﴾ أن ﴿ يؤخذ ﴾ فانه يعتق ويملك ما معه ولا ولاء لأحد عليه لأنه ملك نفسه بالإسلام سواء دخل دار الإسلام بإذن سيده الحربى أم بغير إذنه ، وسواء كان عبداً أم مكاتبا أم مدبراً أو أم ولد أو ممثلا به فالكلام فيهم ، والتفصيل واحد فى دخولهم دارنا فإن كان صغيرا ودخل الدار قبل أن يؤخذ عتق ويكون حكمه حكم الدار فإن ظفر به أحد قبل أن يسلم البالغ أو يدخل الدار صغيراً فهو فىء ولو أسلم البالغ من بعد . ﴿ أو ﴾ دخل دارنا ﴿ بأمان ﴾ منا ﴿ لا بإذن سيده ﴾ فانه إذا أسلم قبل أن يظفر به أحد عتق وملك ما معه أيضا لأن الأمان له ليس بأمان لسيده فإن ظفر به أحد قبل إسلامه جاز استرقاقه لا قتله فإن قتله فلا دية عليه لأن له أخذه ﴿ أو أسلم ﴾ العبد فى دار الحرب ﴿فهاجر﴾ وحد الهجرة الخروج من الميل ﴿ لا بإذن﴾ من سيده أو بإذن ﴿ قبل إسلام سيده ﴾ فإنه يعتق فأما قبل أن يهاجر فإنه لا يبطل ملك سيده بمجرد إسلامه . فلو أسلم السيد قبل مهاجرة العبد لم يعتق العبد بالهجرة ﴿ و ﴾ ان دخل ﴿ بأمان ﴾ منا ﴿ وإذن ﴾ من سيده ﴿ بيع ورد ثمنه ﴾ سواء أسلم فى دار الحرب أم فى دار الإسلام ولا يعتق .

﴿٣١٥﴾ ﴿فصل﴾

﴿ وإذا التبس ﴾ المعتق ﴿ بعد تعيينه فى القصد ﴾ أو الإشارة أو اللفظ ﴿ عمّ ﴾ العتق جميع ﴿الأشخاص﴾ الذين أوقعه على أحدهم ﴿ فيسعون بحسب التحويل ﴾ فان التبس بين اثنين مثلا سعى كل واحد منهما فى نصف قيمته يوم الإياس لأن كل واحد

منهما تلزمه القيمة فى حال وتسقط عنــه فى حال ، وان كانوا ثلاثة سعى كل واحد منهم فى ثلثى قيمته لأنها لزمته فى حالين وسقطت فى حال وكذا لو كثروا فان السعاية بحسب التحويل ، وإنما تلزمهم السعاية ﴿ ان لم يفرط ﴾ السيد فأما لو فرط فى التعيين وحدّه أن يمضى وقت يمكن فيه التعيين ولا يعين حتى حصل اللبس لم تلزمهم السعاية سواء وقع فى الصحة أم فى المرض[1] ﴿ كحرّ ﴾ التبس ﴿ بعبد ﴾ فإنه إذا التبس حرّ بعبد عتق العبد ووجبت السعاية على الحر وعلى العبد كل فى نصف قيمته ﴿ إلا ﴾ أن يقع اللبس ﴿ فى ﴾ العتق عن ﴿ الكفارة ﴾ نحو أن يعتق أحد عبيده معينا عن كفارته ثم يلتبس عليهم فإنهم يعتقون جميعاً ويسعون وتجزى الكفارة سواء فرط أم لا .

﴿ ويصح تعليق تعيينه فى الذمة ﴾ وذلك نحو أن يقول لعبيده أحدكم حر أو لأمائه إحداكن حرة ولا يقصد واحداً بعينه فإنه يصح هذا العتق ويتعلق فى بالذمة ﴿ ويقع ﴾ ذلك العتق ﴿ حين التعيين على الأصح ﴾ من القولين فيجوز للسيد قبل التعيين وطؤهن الجميع وبيع جميعهن إلا واحدة حتى يعين لأن العتق إنما يقع حين التعيين ﴿ فإن مات ﴾ السيد أو ارتد ولحق أو جُن وأيس من عود عقله ﴿ قبله ﴾ أى قبل التعيين ﴿ عم ﴾ العتق الأشخاص الذين أوقعه على أحدهم لتعذر التعيين ﴿ وسعوا كما مر ﴾ أى بحسب التحويل إن لم يفرط فى ترك التعيين فإن فرط فلا سعاية ﴿ وإن مات ﴾ أحدهما ﴿ أو عتق ﴾ بأى وجه ﴿ أو استولد ﴾ السيد ﴿ أو باع أحدهما ﴾ قبل العتق ﴿ تعين ﴾ العتق المبهم فى ﴿ الآخر ﴾ فإن وطىء إحداهما ولم تعلق لم تتعين الحرية للأخرى بل له أن يعين من شاء .

﴿ ويتقيد ﴾ العتق ﴿ بالشرط والوقت ﴾ فمتى حصل الشرط والوقت وقع العتق فمثال الشرط أن يقول : إذا دخلت الدار فأنت حر ، ومثال الوقت أن يقول فى آخر يوم كذا أنت حرة ، ﴿ و ﴾ العتق المعلق بشرط أو وقت لا يقارن حصوله حصول

(١) وعليه الأزهار آخر فصل ٣١٧ فى قوله : (وينفذ من المريض) إلى آخره اهـ

الشرط والوقت وإنما ﴿ يقع بعدها ﴾ متأخرا وقوعه عن وقوعهما عند المدونة وهو المختار وعند ﴿ المؤيد ﴾ بالله انه يقع ﴿ حالها ﴾ ولا يتأخر عن حصول الشرط والوقت فلو قال لعبده ان بعتك فأنت حر فباعه فعند الهادى لايعتق بنفس البيع وهو المختار لأن العتق إنما يقع بعد البيع وبعده قد خرج عن ملكه ، وعند المؤيد بالله وهو خلاف المذهب يعتق لأن الشرط عنده يقارن بالمشروط .

﴿ فرع ﴾ فلو باع العبد وشرط الخيار للبايع أو للمشترى أو لهما لم يعتق بالبيع فإن أمضى البيع كان ذلك كالبيع الناجز فلو باعه بيعاً فاسدا فإنه يعتق عندنا سواء كان قبل القبض أم بعده .

﴿ و ﴾ إذا قال السيد لعبده أنت حر لأنك فعلت كذا عتق ، وإن لم يفعل ذلك لأن التعليل ليس كالشرط والوقت فى التقييد وإنما العتق ﴿ المعلل ﴾ فى الحكم ﴿ كالمطلق ﴾ حيث كان المعلل ممن يعرف التعليل من الشروط وإن كان لا يعرف وأراد الشرط كان شرطا وكذلك لو قال أنت حر أن دخلت الدار بفتح أن فانه يعتق وان لم يدخلها لأن أن تعليلية لا شرطية سواء تقدم الجزاء على أن أم تأخر ، ونحو أعتقتك لسوادك فانه يعتق وان لم تصدق العلة لأنه لم يجعلها شرطاً .

﴿٣١٦﴾ ﴿ فصل ﴾

فى ذكر بعض مسائل إذا علق العتق بها ﴿ فمن قال ﴾ لعبده ﴿ اخدم أولادى فى الضيعة عشرا ثم أنت حر ﴾ وأضاف ذلك إلى بعد موته أو عرف من قصده ذلك فليس بشرط حقيقة بل وصية بذلك للورثة تكون الخدمة بينهم على الرؤوس ثم باع العبد أو الضيعة ﴿ بطل ﴾ العتق ﴿ ببيعه أحدها لا للورثة ﴾ فلا يبطل العتق ببيعهم الضيعة لأنه يخدمهم فى غيرها ولم تبطل الوصية وأما بيع العبد فلا يصح منهم لأن فى عتقه حقا لله تعالى فلا يصح منهم إبطاله ولو رضى بأن يبيعه فليس لهم وكذا الضيعة حيث عرف من قصده خدمتهم فيها .

﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يحصل بيع للضيعة ولا للعبد من السيد ﴿ عتق بمضى ما عرف تمليقه به ﴾ فيعتق بحصول ماعرفنا من قصده انه علق العتق به ﴿ من المدة أو خدمتهم قدرها ﴾ فإن عرفنا من قصده أنه علق العتق بالمدة عتق بمضيها وان لم يخدم وان عرفنا من قصده أنه علق بالخدمة لم يعتق إلا بفعلها ولو فى غير تلك المدة ولا يعتق بهبتها ﴿ ولو ﴾ خدم ﴿ فى غير ﴾ تلك ﴿ الضيعة و ﴾ لو كانت الخدمة ﴿ مفرقة ﴾ أيضاً ﴿ ومن مات ﴾ من أولاد الوصى ﴿ فأولاده ﴾ ما تناسلوا هم المستحقون لنصيبه من الخدمة ﴿ فقط ﴾ دون غيرهم لأنه إنما علق بخدمة الأولاد دون غيرهم وأولادهم أولاد للمعتق .

﴿ فإن جهل قصده ﴾ أى لم يعرف هل قصد تعليق العتق بالمدة أم بالخدمة أو لم يقصد شيئاً ﴿ فبالمدة ﴾ يعنى فانه يعتق بمضى المدة فإن لم يكن منه خدمة لامتناعه أو تعذرت عليـه ﴿ ف ﴾ إنه ﴿ يغرم ﴾ أجرة ﴿ ما فوت ﴾ من الخدمة يعنى يبقى ديناً عليه ولا تلزمه السعاية .

﴿ وقيل ﴾ القول لأبى طالب : ومعناه أنه إذا التبس مراد السيد هل قصد تعليق العتق بالمدة أو بالخدمة فإن العبد لا يعتق بمضى المدة كما قلنا بل ﴿ بالخدمة ﴾ فى قدر هذه المدة ولو فى غير هـذه الضيعة ، وفرع أبو طالب على ذلك قوله ﴿ فيعتق بهبة ﴾ الورثة الخدمة ﴿ جميعها ﴾ ولا يصح عنده الرجوع لأنه إسقاط حق ، والمختار ما حواه الأزهار آنفاً أنه لا يعتق وإن وهب له جميع الخدمة لأن عتقه معلق بالمدة فلا يعتق إلا بمضيها ، ويوافق أبو طالب المذهب فى أنه ﴿ لا ﴾ يعتق العبد إذا وهب له من الخدمة ﴿ بعضها ﴾ نحو أن يهب بعض الأولاد حصتهم منها فإنه لا يعتق بذلك ﴿ لـكن يحاص ﴾ العبد ﴿ فى الباقى ﴾ من مدة الخدمة للذى لم يهب ويشتغل لنفسه فى مدة ماوهب له ﴿ وحكم الرق باق للواهب حتى يستتم ﴾ مدة الخدمة للذى لم يهب له فتكون نفقته عليهم جميعاً وإذا جُنى عليه بالقتل أو غيره كانت القيمة والأرش للواهب وغير الواهب ﴿ فإن مات ﴾ العبد ﴿ قبله ﴾ أى قبل أن يستتم العتق بأن يوفى من لم يهب حصته

﴿أخذ﴾ الواهب ﴿ كسب حصته ﴾ من خدمة العبد لأنه تبين بطلان الهبة بموته على الرق والباقون قد استوفوا .

﴿ وإذا أعتقه ﴾ من كان ﴿ منهم ﴾ حال العتق ﴿موسرا غرم﴾ من ﴿ قيمته ﴾ ما زاد على حصته فيه ﴿ و ﴾ ان أعتقه من كان ﴿ معسرا سعى ﴾ عنه ﴿ العبد ﴾ فى القيمة يوم العتق . ﴿ و ﴾ من قال لعبده إن خدمت فلانا ﴿ الأيام ﴾ فأنت حر فمذهبنا أن ذلك ﴿ للأسبوع ﴾ فيعتق بخدمته إياه الأسبوع مترتبة ولو متفرقة يعنى إذا خدم فى الأسبوع الأول الأحد ، وخدم فى الأسبوع الثانى الإثنين ﴿ وأكثرها لسنة ﴾ فلو قال إن خدمت فلاناً أكثر الأيام فأنت حر عتق إن خدمه سنة ولو متفرقة وغير مرتبة ﴿ و ﴾ من قال لعبده إن خدمت فلانا ﴿ أياماً ﴾ فأنت حر فمذهبنا أنها ﴿ لعشر ﴾ فيعتق بخدمته عشرة أيام ولو متفرقة وغير مرتبة ﴿ و ﴾ من قال لعبده ان خدمت فلاناً أياماً ﴿ قليلة ﴾ أو أقل الأيام فأنت حر فإنه يعتق ﴿ لثلاث ﴾ ولو متفرقة ﴿ و ﴾ أياما ﴿ كثيرة لسنة ﴾ ولو متفرقة .

﴿ و ﴾ لو قال السيد ﴿ كل مملوك ﴾ لى فهو حر كان إعتاقا ﴿ لمن لم ينفذ عتقه ﴾ وهو العبد القن والمدبر وأم الولد والمكاتب الذى لم يؤد كل ما عليه ويسقط ما بقى عليه ﴿ و ﴾ إذا قال ﴿ أول من تلد ﴾ أمتى حر كان اعتاقا ﴿ لأول بطن ﴾ تلده تلك الأمة ولا فرق بين أن يخرج حياً أم ميتاً ولو ولدت اثنين فى أول بطن عتقا فإن قال لعبده وتحته أمته ان كان أول ولد تلده امرأتك غلاما فأنت حر وإن كانت جارية فهى حرة فولدت غلاماً وجارية لم يعتق واحد منهما فإن ولدت غلاماً أو غلامين عتق العبد وان ولدت جارية أو جاريتين عتقت الأمة . فان قال لعبده ان ولدت امرأتك غلاماً فأنت حرّ وان ولدت جارية فهى حرة فولدت غلاما وجارية فإنهما يعتقان معا .

﴿ و ﴾ اعلم أن ﴿ له نيته فى كل لفظ احتملها بحقيقته أو مجازه[١] ﴾ فلو قال لعبده إن أكلت هـذه الرمانة فأنت حر فأكل نصفها لم يعتق إلا أن ينوى لأنه قد يطلق اسم الكل على البعض مجازاً ولا يضر ما يتساقط فى العادة كالحبة والحبتين مع عدم نية الكل فإن قال لعبيده أيكم دخل هـذه الدار فهو حرّ أو أيكم أراد الحرية أو حمل الخشبة فهو حرّ فدخلوا وأرادوا وحملوا واحداً بعد واحد أو دفعة واحدة فى غير حمل الخشبة عتقوا إلا أن ينوى واحداً فقط لم يعتق أيهم ودُيِّنَ باطناً لا ظاهراً فإن صادقوه فباطناً وظاهرا ، وكذا لو قال من يبشرنى بكذا فبشروه دفعة واحدة عتقوا ويصدق ديناً لا ظاهرا وان لم يصادقوه أنه أراد واحدا فإن بشروه مرتباً عتق الأول فقط .

﴿٣١٧﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ ويصح ﴾ الإعتاق[٢] ﴿ بعوض مشروط ﴾ مال أو غرض ﴿ فلا يقع ﴾ الإعتاق ﴿ إلا بحصوله ﴾ مستمر الملك إلى الحنث ولا يعتبر فيه مجلس ولا قبول . مثال ذلك أن يقول لعبده إذا أعطيتنى مائة دينار فأنت حرّ أو إذا أطلقت أمتى فأنت حرّ فإنه لا يعتق إلا بتسليم المائة أو إطلاق الأمة ، وسواء كانت هـذه المائة مما مع العبد من مال سيده خفية أوظاهراً أومسروقة فى الماضى أو ممايكسبه فى المستقبل فأما لوغصبها على الغير أو سرقها من مال سيده فى المستقبل أو غصبها فإنه لا يعتق بتسليمها .

﴿ و ﴾ يصح الإعتاق أيضاً بعوض ﴿ معقود ﴾ سواء كان مالا أم غرضاً لـكنه ﴿ لا ﴾ يصح فى هذه الصورة ﴿ عن صبى ونحوه ﴾ المجنون ﴿ فيقع ﴾ العتق ﴿ بالقبول ﴾ الواقع من العبد ﴿ أو ما فى حكمه فى المجلس ﴾ أو مجلس بلوغ الخبر ﴿ قبل الاعراض ﴾ والذى فى حكم القبول الامتثال أو تقـدم السؤال. مثال ذلك كله أن يقول أعتقتك

---

(١) إلا فيما يتعلق به حق الغير فلا بد من المصادقة اهـ هدايته.

(٢) وإذا مات العبد والسيد بطل العتق اهـ تذكرة وبيان .

على ألف أو بألف أو على أن تدخل الدار أو بأن تدخلها فيقول العبد قبلت أو يسلم الألف أو يدخل فى المجلس وكذلك لو قال اعتقنى بألف فأعتقه السيد صح ذلك ووقع العتق لأن تقدم السؤال كالقبول ، وقوله لا عن صبى ونحوه يعنى انه ليس لولى الصبى والمجنون أن يعتق عبدهما على عوض معقود ، ويصح أن يعتقه على عوض مشروط مع تقدير المصلحة ﴿ فإن تعذر ﴾ ذلك ﴿ العوض وهو منفعة ﴾ نحو ان يقول على أن تخدمنى ﴿ أو ﴾ يعتقه على ﴿ غرض ﴾ نحو على أن تطلق أمتى ﴿ فقيمة العبد ﴾ لازمة للسيد لا قيمة الخدمة وإن كان العوض مالا نحو على ألف لم يرجع إلى قيمة العبد بل يلزم تحصيله حسب الإمكان فان تعذر فلا شىء بل تبقى فى ذمته ولاسعاية ﴿ أو ﴾ مات العبد وقد خدم بعض السنة فان السيد يستحق ﴿ حصة ما تعذر ﴾ فلو خدم نصف السنة رجع السيد بنصف قيمة العبد تبقى فى ذمته وعلى هذا تقس .

﴿ و ﴾ يعتق العبد ﴿ بتمليكه جزءاً ﴾ معلوماً ﴿ من المال ﴾ كثلث أو ربع فاذا قال السيد لعبده ملكتك ثلث مالى أو نحوه عتق العبد إذ من جملة مال السيد ذلك العبد فيملك ثلث نفسه ويسرى العتق إلى جميعه ويملك ذلك الجزء من المال ولو كان زائدا على الثلث ما لم يكن نذرا فلا يجاوز الثلث ولا يكون عتق باقى العبد من جملة الثلث لأنه ليس من النذر فلو نذر عليه بثلث ماله صح فى ثلث العبد وثلث باقى ماله من دون بقية نفسه التى سرى العتق إليها وهما الثلثان من العبد وكذا لوملكه النصف استحق نصف التركة من غير النصف الذى سرى العتق إليه وعلى هذا يكون القياس .

﴿ فرع ﴾ فإن كان ذلك الجزء مجهولاً كما لو قال ملكتك بعض مالى أو جزءا من مالى أو أوصيت لك جزءا من مالى لم يعتق العبد لعدم تيقن خروج ذلك الجزء من العبد حتى أنه يعتق فلا يملك شيئاً ولا يعتق .

وحيث يملكه جزءا من المال معلوماً لا يعتق العبد إلا ﴿ ان قبل ﴾ ذلك التمليك لأنه بذلك ملك جزءا من نفسه فوجب أن يعتق كما لو قال ملكتك ثلثك أو ربعك

﴿ لا ﴾ إذا ملكه ﴿ عيناً ﴾ من أعيان ماله نحو أن يقول ملكتك فرسي أو داري أو ضيعتي فإنه لا يعتق بذلك ولا يملك تلك العين ﴿ إلا ﴾ ان تكون تلك العين ﴿ نفسه أو بعضها ﴾ ولو جزءا مجهولا من نفسه فإنه يعتق نحو أن يقول ملكتك نفسك أو نصفك أو ثلثك أو بعضك أو يدك أو رأسك فقبل العبد فإنه يعتق بذلك ﴿ و ﴾ إذا أوصى لعبده بجزء من ماله نحو ثلث أو ربع أو بنفسه أو ببعضها صحت الوصية وعتق العبد ﴿ بالإيصاء له بذلك ﴾ عقيب موت سيده لأنه يملك ذلك الجزء في تلك الحال كما يأتي ان شاء الله تعالى .

﴿ أو ﴾ أوصى ﴿ له وللغير ﴾ بجزء مشاع من ماله فإنه يعتق العبد بذلك إذا كان ذلك الغير ﴿ منحصرا ﴾ نحو ان يوصى به للعبد ولفلان أو له ولأولاد فلان أو قال لعبدي وفلان أو له وأولاد فلان لأن المشارك للعبد هنا منحصر فسواء أتى باللام القاسمة أم لا ﴿ أو ﴾ كانت ﴿ حصته ﴾ يعني العبد منحصرة فإنه يعتق بذلك ولو كانوا غير منحصرين نحو أن يوصى بالثلث ويجعل ثلث الثلث للعبد والباقي للفقراء وهكذا لو أوصى بثلث ما له لعبده وللفقراء أو للفقراء ولعبده فإنه يعتق وإن لم تتعين حصة العبد لأن هذا اللفظ يقتضي أن له النصف وللفقراء النصف كما يأتي في الوصايا أواخر فصل ٤٤٧ فأما لو كانوا غير منحصرين وحصته كذلك نحو أن يوصى بالثلث للفقراء ويجعل عبده كأحدهم كأن يقول لعبدي والفقراء لم يعتق العبد بذلك لأنه لم يأت باللام فلم يعلم كم يملك من نفسه ولا بكم يسعى من قيمته والسعاية في المجهول باطلة وهذا يخالف ما يأتي في الوصايا من أنه إذا كان الغير غير منحصر كأوصيت لفلان والفقراء بكذا أنه يصير لذلك الفلان النصف وإن لم يأت الموصى باللام .

﴿ و ﴾ يعتق العبد ﴿ بشهادة أحد الشريكين ﴾ ولو كافراً أو فاسقاً ولو بلفظ الخبر لأنه إقرار ﴿ على الآخر به ﴾ أي بأن شريكه أعتق نصيبه في العبد « ولا يثبت ولاء لأيهما لأن كل واحد منكر له إلا أن يرجعا معا أو مرتبا عن الإنكار أو

أحدهما قبل موت العبد ثبت لمن رجع دون من لم يرجع » .

﴿ وحاصل الكلام فى الشريكين ﴾ « أنه لا يخلو إما أن يكونا موسرين أو معسرين: فإن كانا معسرين. فإن صدق العبد الشاهد لزمه السعاية لهما وإن لم يصدق العبد الشاهد سعى للمشهود عليه فقط ، وإن كانا موسرين لم يسع لأيهما سواء صدق أم كذب، وإن كان أحدهما معسرا وهو الشاهد سعى العبد عنه فقط سواء صدق أم كذب وإن كان المشهود عليه معسرا فإن لم يصدق العبد لم يسع لأيهما وإن صدق الشاهد سعى للشاهد عن المشهود عليه .

﴿ قيل ﴾ القول للفقيه حسن وهو إنما يعتق العبد بشهادة أحد الشريكين على الآخر بالإعتاق ﴿ إن ادعاه ﴾ فإن كان العبد مدعيا للعتق عتق سواء صدق الشاهد بأن المعتق هو المشهود عليه أم كذبه وادعى أن المعتق هو الشاهد فاما لو لم يكن مدعيا للعتق رأسا بل منكرا له أو ساكتا لم يعتق . والمختار أن العبد يعتق بتلك الشهادة مطلقا سواء ادعى ذلك أم لا لأن الشهادة بمنزلة الإقرار هنا والإقرار بالإعتاق والطلاق لا يبطل بالرد ولا يفتقر إلى مصادقة كغيرهما من سائر الإقرارات .

﴿ ويصح ﴾ العتق ﴿ فى ﴾ حال ﴿ الصحة مجانا ﴾ أى على غير عوض ﴿ ولو علق بآخر جزء منها ﴾ أى من صحته نحو أن يقول أنت عتيق عند آخر جزء من أجزاء صحتى فإنه ينفذ من رأس المال لأنه وقع فى الصحة وليس له أن يرجع عن ذلك فى حال مرضه ولو قال ذلك فى أوائل المرض المخوف لأنه فى أوائله كما فى حال الصحة وإذا استعمله فى مرضه ومات فى مرضه لزمته أجرته لأنه انكشف خروجه عن ملكه وهذه من لطائف حسن المخرج إذا أراد الإنسان أن يخرج جميع ما له بالعتق أو الوقف ويكون له التصرف فيه قبل موته بما أراد . ومن ذلك لو قال فى آخر جزء من حياتى التى يليها سبب موتى فينفذ من رأس المال بخلاف ما لو قال فى آخر جزء من حياتى ولم يقل التى يليها سبب موتى فيعتبر فى هذا الثلث كالوصية : أما لو قال

أنت حرٌّ فى آخر جزء من حياتى التى يليها سبب موتى وقد صار مريضا مرض الموت لم يصح لأنه بمنزلة من قال أنت حر أمس .

﴿ وله ﴾ أى المعتق ﴿ قبله ﴾ أى قبل آخر الصحة ﴿ الرجوع ﴾ عن ذلك العتق ﴿ فعلا ﴾ كالبيع والهبة ونحو ذلك من سائر التصرفات ﴿ لا ﴾ لو رجع ﴿ لفظا ﴾ فقط نحو أن يقول قد رجعت عن ذلك فلا يصح رجوعه .

﴿ وينفذ ﴾ العتق الواقع ﴿ من المريض ولو ﴾ كان ماله ﴿ مستغرقا ﴾ بالدين ﴿ و ﴾ ينفذ العتق الواقع ﴿ من غير المستغرق ﴾ بالدين إذا أوقعه ﴿ وصية ﴾ بعد موته نحو أن يقول أوصيت لك بعتقك أو يقول لوصيه أعتق عبدى بعد موتى فيعتق فى الطرف الأول بموته من غير إعتاق وفى الطرف الثانى لا يعتق إلا بإعتاق الوصى بعد الموت فإن كان مال الموصى مستغرقا بالدين لم ينفذ العتق بل يبقى موقوفا على إيفاء الدين ﴿ و ﴾ يجب عليه أن ﴿ يسعى حسب الحال فيهما ﴾ معا لكن ذلك يحتاج إلى تحصيل « وتحصيله » أن تقول من أعتق عبده فى حال المرض أو لبعد الموت وصية فلا يخلو إما أن يكون مستغرقا بالدين أو لا ، فان لم يكن مستغرقا فإن خرج من الثلث عتق فى الصورتين معا ولا سعاية عليه وإن لم يخرج من الثلث فإن لم يكن له وارث عتق بكل حال ولا سعاية وإن كان له وارث فإن راضاهم المورث قبل الموت وأجازوا ولم يرجعوا عن الإجازة قبل موته فالرضا كالإجازة أو أجازوا بعد الموت نفذ العتق ولا سعاية عليه . وإن لم يجيزوا له ولم تحصل مراضاة قبل الموت أو حصلت ورجع الوارث قبل الموت لزم العبد أن يسعى للورثة فيما زاد على الثلث من قيمته وإن كان مستغرقا بالدين فإن نفذ العتق فى مرضه عتق وسعى لأهل الدين بدينهم إلى قدر قيمته فإن برئ من مرضه عتق ولا سعاية وإن علق العتق بموته كان موقوفا على الإيفاء أو الإبراء .

﴿٣١٨﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان حكم تبعيض العتق وما يتعلق بذلك « اعلم » أن من أعتق بعض عبده أو عضوا من أعضائه المتصلة به ولو مجهولا ـ كأحد أصابعه ـ سواء كان مما تحله الحياة أو مما لا تحله الحياة وجب أن يعتق جميعه لا ما كان مجاوراً له كالدم والريق والبول والدمع والعرق فإنه لا يقع العتق بإيقاعه عليه على نحو ما مر فى الطلاق .

﴿ و ﴾ العتق ﴿ لا ﴾ يصح أن ﴿ يتبعض ﴾ إذا كان العبد مشتركا بين المعتق وبين غيره بل يعتق جميعه ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من أن يكون بعض العبد موقوفا فإنه إذا أعتق النصيب غـــير الموقوف عتق ولم يعتق القدر الموقوف فثبت أن العتق لا يتبعض ﴿ فيسرى ﴾ عتق البعض إلى البعض الثانى لأن عتق البعض الآخر إعـا- هو بالسراية لا بالمباشرة .

﴿ و ﴾ من أعتق أمةً وهى حامل وجب أن يسرى العتق ﴿إلى الحمل﴾ ويعتقان معاً ولو استثنى الحمل ﴿لا﴾ لو أعتق الحمل فإنه لا يسرى إلى ﴿ الأم ﴾ بل يعتق وحده ﴿ و ﴾ إذا أعتق أحد الشريكين نصيبه وجب على العبد أن ﴿ يسعى لشريك المعتق﴾ فى قيمة نصيبه ﴿ إلا أن يعتقه موسر ﴾ حال العتق ﴿ضامن﴾ للشريك فإن العبـد لايسعى عنه والموسر يكون ضامنا لإعتاقه نصيبه بغير إذن شريكه ومتى اختل هذان القيدان أو أحدهما لزمت السعاية وذلك منحصر فى أربع صور :

﴿ الأولى ﴾ أن يكون السيد موسرا ضامنا وذلك حيث أعتق نصيبه بغير إذن شريكه فلا سعاية على العبد ولو أعسر السيد من بعـد بل يضمن السيد حيث كان موسرا حال الإعتاق .

﴿ الثانية ﴾ عكس هذه وهو أن يكون معسرا غـير ضامن بأن يعتق نصيبه بإذن شريكه .

﴿ الثالثة ﴾ أن يكون معسراً ضامناً .

﴿ الرابعة ﴾ أن يكون موسراً غير ضامن ففى هذه الصور الثلاث تجب السعاية على العبد ولا يرجع بما سعى .

﴿ و ﴾ ﴿ اعلم ﴾ أن ﴿ من أعتق أم حمل ﴾ وقد كان ﴿ أوصى به ﴾ أو نذر به أو جعله عوض خلع نحو أن يوصى رجل لرجل بما فى بطن أمته ثم مات فأعتق الورثة الجارية نفذ العتق فيها وفيما فى بطنها و ﴿ ضمن ﴾ المعتق ﴿ قيمته ﴾ للموصى له وهى قيمته فى أقرب الأوقات التى يمكن تقويمه فيهـا وهو ﴿ يوم وضعه ﴾ إذا كان عند وضعه ﴿ حيا فقط ﴾ فإن مات الولد قبل الوضع فلا شىء للموصى له لأنه لاقيمة للميت ﴿ إلا ﴾ أن تكون الوصية بالحمل ﴿ للشريك فى الأم ﴾ فإن المعتق للأم لا يضمن للموصى له قيمة الحمل بل يضمن قيمة نصيب شريكه فى الأم وهو الموصى له بالحمل ﴿ فيتداخلان ﴾ يعنى تدخل قيمة الحمل فى قيمة أمه ويضمن للموصى له قيمة نصيبه فى الأمة حاملاً وهذا معنى التداخل . ﴿ وصورة المسئلة ﴾ أن يملك أحد الشريكين الآخر حصته من الحمل بنذر أو نحوه ثم إن المملك أوصى أو ملك الشريك من الحمل قدر ماله من الأم نحو أن يوصى له بثلث الحمل حيث له ثلث الأمة فإذا أعتق أى الشريكين الأمة لم يغرم لشريكه فيها وفى حملها إلا نصف قيمتها حاملاً .

﴿٣١٩﴾ باب والتدبير

هو لغة النظر فى عواقب الأمور ، وشرعاً تعليق عتق بالموت وهو ﴿ يصح ﴾ مع وجود الوارث ﴿ من الثلث ﴾ ولو كان ماله مستغرقاً بالدين فيسعى لأهل الدين بقدر قيمته وينفذ مع عدم الوارث من رأس المـال . واعلم أن التدبير يقع إما ﴿ بلفظه كدبرتك ﴾ أو أنت مدبر ﴿ و ﴾ إما ﴿ بتقييد العتق بالموت ﴾ فلا يكون تدبيراً إلا بشرطين : ﴿ أحدهما ﴾ قوله : ﴿ مطلقاً ﴾ يعنى غير مقيد نحو أن يقول أنت حر بعد

موتى ولا يزيد ، فإن قال بعد موتى من مرضى هـذا أو سفرى هذا لم يكن تدبيراً . فإن عرف من قصده الوصية كان وصية وتبعه أحكام الوصية من أنه يصح الرجوع عنه قبل الموت ويبطل بالاستغراق والا يعرف من حاله الوصية لم يقع تدبير ولا غيره ﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون التقييد بالموت ﴿ مفرداً ﴾ عن شرط آخر فلو قال بعد موتى ودفنى أو بعد موتى وموت فلان أو تكليمه أو وصوله وسبق موت السيد لم يكن تدبيراً ولا غيره ﴿ لا ﴾ إذا قيد العتق بالموت ﴿ مع ﴾ شرط ﴿ غيره ﴾ فإنه لا يكون تدبيراً ﴿ إن تعقب ﴾ ذلك ﴿ الغير ﴾ أى سبقه موت السيد لأن بعد موته قدخرج عن ملك السيد فيبطل الشرط ولا يعتق لا إن تقدم موت الغير فتدبير صحيح. مثاله : أنت حر بعد موتى وموت زيد أو وصوله أو نحو ذلك فإن تقدم موت زيد أو وصوله حيث علق به على موت السيد عتق العبد بموت السيد أخيراً وكان تدبيراً صحيحاً وهو مفهوم الأزهار حيث قال إن تعقب الغير يفهم منه لا إن تقدم فالتدبير صحيح . وإن تأخر موت زيد فإن علم أن السيد قصد الإيصاء بعتق عبده كان وصية وإن لم يعلم من قصده ذلك لم يقع ذلك اللفظ شيئا لا تدبيرا ولا غيره .

﴿ قيل ﴾ وإذا لم يكن التقييد بالموت مطلقاً بل قال بعد موتى من مرضى هذا أو سفرى هـذا أو نحوه أو كان مع الموت شرط آخر وتأخر حصول ذلك الشرط عن موت السيد ﴿ فوصية ﴾ وإذا كان وصية فإنها ﴿ تبطل بالاستغراق ﴾ وبالرجوع إذا رجع بخلاف التدبير هكذا ذكر الفقيه حسن معناه فى التذكرة ، والمختار فى الصورتين ما قدمنا من أنه إذا ظهرت فيه قرينة تشهد بإرادته الوصية عمل بها وإلا فالظاهر التعليق فيبطل هنا بموت السيد قبل موت الغير .

﴿٣٢٠﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ و ﴾ التدبير ﴿ لا تبطله الكتابة ﴾ فلو كاتب السيد مدبره صح ولو لم يرض

بالفسخ وعتق بالأسبق من الكتابة أو موت السيد ﴿ و ﴾ لا يبطل التدبير ﴿ قتل ﴾ المدبَّر ﴿ مولاه ﴾ بل يعتق سواء كان القتل عمداً أم خطأ ولا شيء عليه فى الخطأ ولا يبطل التـــدبير بالردة واللحوق ﴿ و ﴾ المدبر ﴿ يحرم بيعه ﴾ ولو من نفسه أو إلى ذى رحم ولا تجوز هبته ﴿ إلا لفسق ﴾ مجمع عليه أو فى مذهب العبد عالماً سواء كان الفسق طارئاً أم أصلياً فيجوز بيعه وغيره من التصرفات ﴿ أو ضرورة ﴾ لحقت السيد فيجوز بيعه فقط والضرورة هى أن يلزمه دين أو يحتاج لنفقة نفسه أو ولده الصغير أو أبويه أو زوجاته ولا يجوز بيعه لنفقة سائر الأقارب لأن فيه شائبة الحرية .

« نعم » ولو دبَّر العبد اثنان ثم أعسر أحدهما جاز بيع الـكل ﴿ فيطيب للشريك حصته ﴾ من الثمن ﴿ ولو ﴾ كان ﴿ موسراً ﴾ لأن التـدبير لايتبعض وحق الآدمى مقدم على حق الله تعالى ، وكذا إذا احتاج إلى بعض قيمة المدبَّر جاز بيع الـكل لا لو باع بعضه بقدر حاجته لم يصح ولو دبر الجارية وأولادها فاحتاج إلى ثمن أحدهم جاز بيع الـكل فى الصغار لئلا يفرق لا فى الـكبار كلهم لم يجز أن يبيع إلا واحداً بقدر مايحتاج إلى ثمنه فإن باع الـكل لم يصح .

﴿ فإن ﴾ باعه حال الفسق أو الضرورة ثم ﴿ زالا أو فسخ ﴾ بيع العبد ﴿ بحكم ﴾ لعيب أو فساد ﴿ أو ﴾ زالا ﴿ قبل التنفيذ ﴾ بأن يكون بيع بخيار للبيعين أو قبل أن يراه المشترى وفسخ بالرؤية أو بالشرط ﴿ حرم ﴾ إمضاء بيعه وعاد عليه حكم التدبير وكذا لو كان الخيار للبائع فأيسر فى مدته فإنه يحرم إمضاء بيعه أيضا وحيث الخيار للمشترى وحده فقــد تم البيع فلا يبطل البيع بزوال الضرورة فى مدة الخيار ما لم يتفاسخا عاد مدبراً فإن فسخ لعيب أو فساد بالتراضى بعد القبض لم يعد مدبراً .

﴿ و ﴾ التدبير ﴿ يسرى ﴾ كالعتق و ﴿ إلى من ولده بعــده ﴾ ولو استثناهم فما ولدته المدبرة بعـد التدبير كان حكم أولادها حكمها فى التدبير ولو ماتت قبل موت سيدها وما كان فى البطن حالة التدبير دخل فمتى عتقت عتقوا سواء عتقت بموت السيد

أو بتنجيز عتقها . وأما المعلق عتقها على شرط فلا يتبعها ما حصل من الأولاد قبل حصول الشرط ﴿ ويوجب الضمان ﴾ فإذا دبر أحد الشريكين نصيبه ضمن لشريكه قيمة نصيبه كالعتق ولا سماية عليـه هنا لعدم مصيره إلى يد نفسه فإن أعسر المدبر انفرد بثمن العبد إذا بيع .

﴿ فمن دبره اثنان ضمنه الأول ﴾ لفظاً أى ضمن نصيب شريكه حيث كان موسراً ﴿ إن ترتبا وإلا ﴾ يترتب التدبير بل كان منهما معًا فى وقت واحد أو التبس بعد أن علم عتق بموت الأول والولاء له و ﴿ سعى ﴾ العبد ﴿ لمن تأخر موته ﴾ منهما وسواء كان الميت موسراً أم معسراً ﴿ وله قبل الموت حكم الرقّ ﴾ فيجوز عتقه فى الكفارات ويكره تنزيها فى القتل وتصح مكاتبته واستخدامه وتأجيره ووطء المدبرة ونحو ذلك من الأحكام ﴿ إلا ﴾ فى ﴿ البيع ﴾ ونحوه من التصرفات من هبـة ونذر وصدقة ووقف ووصية ونحو ذلك . فإنه لا يصح إلا لفسق فيجوز ذلك أو لضرورة فيجوز البيع فقط كما تقدم .

﴿٣٢١﴾ باب الكتابة (١)

بكسر الكاف وقيل بفتحها كالمكاتبة. وهى لغة الضم والجمع، وشرعاً عقد عتق بلفظها بعوض منجم بنجمين فأكثر . وقد اختلف العلماء هل الكتابة واجبة على السيد إذا طلبها العبد وعلى العبد إذا طلبها السيد أم لا ، فمذهبنا أنها لا تجب ولو طلبها العبد بقيمته كما لا يجب الحط عنـه بعد عقدها . قال فى الانتصار : « وهى مخالفة للقياس من وجوه ثلاثة : ﴿ الأول ﴾ أنها معاوضة ملكه بملكه . ﴿ الثانى ﴾ أن فيها إثبات أن العبـد يملك ما كسبه وما وهب له وهو لا يملك . ﴿ الثالث ﴾ إثبات حالة بين الرق والحرية » .

---

(١) ويصح أن يتولى طرفيها واحد لأن الحقوق فيها تتعلق بالموكل اه .

﴿ فصل ﴾

في بيان شروط الكتابة وما يتعلق بذلك . « إعلم » أن الكتابة صحيحة وفاسدة وباطلة فالصحيحة ماجمعت شروطاً : منها مايعتبر في المكاتِب بكسر التاء ، ومنها مايرجع إلى المكاتَب بفتحها ، ومنها ما يرجع إلى عقدها . أما ما ﴿ يشرط في المكاتب ﴾ فهو أمران : ﴿ الأول ﴾ ﴿ التكليف ﴾ أو التمييز مع الإذن فلا تصح من الصبي غير المميز ولا من المميز قبل الإذن ، ولا من المجنون وتصح من السكران مع التمييز .

﴿ و ﴾ الشرط ﴿ الثاني ﴾ أن يكون للمكاتب ﴿ ملك في ﴾ جميع ﴿ الرقبة ﴾ أو بعضها ﴿ أو التصرف ﴾ كولي الصبي يكاتب عبد الصبي لمصلحة .

﴿ و ﴾ يشترط ﴿ في المملوك ﴾ الذي يكاتب إذا كان العوض منه لا من غيره ﴿ التمييز ﴾ ولو لم يكن مراهقاً فلو لم يكن مميزاً لم يصح فإن كان العوض من غيره صح ولو غير مميز كالخلع .

﴿ و ﴾ أما ما يرجع إلى عقدها فيشترط ﴿ فيها ﴾ شروط ستة : ﴿ الأول ﴾ أن يكون ﴿ لفظها ﴾ مذكوراً ممن يمكنه أو الكتابة مطلقاً أو الإشارة من الأخرس ونحوه نحو كاتبتك أو أنت مكاتب على كذا . ﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثاني ﴾ أن يقع ﴿ القبول في المجلس بالتراضي ﴾ قبل الإعراض أو مجلس بلوغ الخبر وهو خاص في العتق والطلاق والحوالة والإقالة والكتابة . ﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ ذكر عوض ﴾ في العقد ﴿ له قيمة ﴾ ويسلم للسيد ما كسبه بعد عقدها لا ما كان في يده عند الكتابة . قال في البحر حاكياً عن الكواكب : « ويصح أن يكون العوض منفعة مدة معلومة ولو منفعة العبد ولا يحتاج إلى ذكر التنجيم لأن المنفعة كالمنجمة إذ تحصل شيئاً فشيئاً ﴿ وإلا ﴾ تجتمع هذه الشروط ﴿ بطلت ﴾ الكتابة فإذا كانت باطلة فوجودها كعدمها .

﴿ والشرط الرابع ﴾ أن يكون العوض المذكور منطوقاً به وهو ﴿ معلوم ﴾

فلو كان مجهولا لم يصح نحو أن يكاتبه على ثوب أو على حيوان أو نحو ذلك وأجناس ذلك مختلفة . وإذا عقدت الكتابة على قيمة العبد أو على مال الغير فإنها تصح وتلزمه قيمته وقيمة المال حيث لم يجز مالكه ولا يضر جهالة القيمة لاختلاف المقومين لأنها جهالة مغتفرة ﴿ كالمهر ﴾ بجامع أن كل واحد لا يبطل ببطلان عوضه .

﴿ والشرط الخامس ﴾ أن يكون العوض ما ﴿ يصح تملكه ﴾ لهما معاً فلو كان خمراً أو خنزيراً لم يصح عوضاً بين المسلمين وتكون باطلة . ﴿ والشرط السادس ﴾ أن يقع العوض وهو ﴿ مؤجل منجم ﴾ نجمين فأكثر ﴿ لفظاً ﴾ فلو لم يلفظ بذلك لم يصح ولا يصح أقل من نجمين ويكون النجمان سنتين أو شهرين أو أسبوعين، وأقلهما ساعتين ﴿ ولو عجل ﴾ العوض بعد عقد الكتابة ﴿ صحت ﴾ وإلا يكن العوض معلوماً أو لم يذكر التأجيل أو التنجيم ﴿ فسدت ﴾ الكتابة ﴿ فيعرض ﴾ العقد ﴿ للفسخ ﴾ يعنى أن لكل واحد منهما أن يفسخها فى وجه الآخر قبل الأداء ولا يحتاج إلى حكم إلا فى مختلف فيه فبالتراضى أو الحكم .

﴿ ويعتق ﴾ المكاتب ﴿ بالأداء ﴾ لما كوتب عليه قبل أن يحصل فسخ فى الفاسدة من أحدهما فمتى سلم ما كوتب عليه ولو ثوباً أو حيواناً ولو إلى ورثة السيد عتق ﴿ و ﴾ إذا عتق بتسليم ما كوتب عليه لم يلزم السيد أخذه وإن عتق العبد بتسليمه و ﴿ يلزم ﴾ العبد ﴿ القيمة ﴾ أى قيمة نفسه يوم الأداء فإن كان الذى سلم ناقصا عنها طالبه السيد بالقيمة ويبقى المال الذى سلمه له وإن كان زائداً رد الزائد ويكون إباحة مع العلم .

﴿٣٢٢﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان ما يجوز للمكاتب فعله وما لا يجوز وما يوجب رده فى الرق وحكمه إذا مات وعليه شىء من مال الكتابة : أما إذا مات السيد قام وارثه مقامه فى الكتابة ،

فيعتق بالأداء إلى الوارث البالغ أو وصى القاصر ، ﴿ و ﴾ أما ما يجوز للمكاتب فعله في عقد الكتابة الصحيحة والفاسدة قبل الفسخ من أحدهما فإنه ﴿ يملك بهما ﴾ العبد جميع ﴿ التصرف كالسفر والبيع وإن شرط ﴾ عليه ﴿ تركه ﴾ فلو خشي عليه السيد الإباق فعليه أن يقيم كفيلا بوجهه أو بالمال ﴿ لا التبرع ﴾ فلا يملكه العبد المكاتب وذلك ﴿ كالنكاح ﴾ فإنه لا يجوز للمكاتب أن يتزوج لأن الإذن لم يتناوله فإن فعل المكاتب كان موقوفا على إجازة سيده أو وفائه بمال الكتابة أو انجاز عتقه فإن وطئ حد مع العلم لا مع الجهل ﴿ و ﴾ كذا ﴿ العتق ﴾ فليس للعبد لو ملك رقبة أن يعتق مجانا إلا بمال كتابة أو على مال شرطا .

﴿ و ﴾ من التبرع ﴿ الوطء بالملك ﴾ فليس للعبد ذلك سواء أذن له أم لم يأذن له بذلك لأنه ممنوع من الوطء للأمة التي ملكها فان وطئ فلا حد عليه سواء كان عالماً أم جاهلاً إلا أنه يعزر مع العلم . ﴿ وضابط التبرع ﴾ انه ليس له أن يخرج شيئاً مما في يده أو منافع ما في يده إلا في مقابلة عوض هو مال لأن هذا تصرف فان أخرجها لا في مقابلة عوض أو غبن في تصرفاته غبناً كثيراً كان تبرعاً .

﴿ وله ﴾ أي للمكاتب ﴿ ولاء من كاتبه ﴾ بمثل قيمته أو أكثر لا أقل لأنه تبرع وهو ممنوع من التبرع. هذا ﴿ ان عتق ﴾ المكاتب الآخر ﴿ بعده ﴾ أي بعد عتق المكاتب الأول ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يعتق بعد عتق الأول بل قبله بأن أوفى ماعليه ﴿ فلسيده ﴾ يعني يكون ولاء المكاتب الثاني لسيد المكاتب الأول .

﴿ و ﴾ أما الطرف الثاني مما اشتمل عليه الفصل فهو ما ﴿ يرده ﴾ أي المكاتب ﴿ في الرق ﴾ وذلك أحد أمرين :

﴿ الأول ﴾ ﴿ اختياره ﴾ العود إلى الرقية في المكاتبة الصحيحة وأما الفاسدة فله الفسخ مطلقا ﴿ و ﴾ لا بد مع اختياره أن يكون ﴿ لا وفاء عنده ﴾ فاذا طلب المكاتب أن يرجع في الرق واستقال من المكاتبة جاز ان يرد في الرق بشرط اختياره

وعدم وجود مال الكتابة فإن كان معه ما يوفى أجبر على أدائه فإن بان له مال بعد الفسخ نقضه الحاكم ووفر المال على السيد لأن الباطن بخلاف ذلك كما لو حكم باجتهاده ثم وجد النص ﴿و﴾ ان لم يكن له مال لم يجبر على الاكتساب و﴿لو﴾ كان ﴿كسوبا﴾ يمكنه التكسب .

﴿و﴾ ﴿الأمر الثانى﴾ ﴿عجزه﴾ عن الوفاء بما كوتب عليه حيث كان العجز ﴿لا بفعل سيده﴾ نحو أن يمنعه عن التكسب ، فإذا عجز ﴿عن الوفاء للأجل﴾ المضروب أو أخل بنجم من النجوم لأجله المضروب فإنه يرد فى الرق إذا طلبه سيده ولو لم يبق عليه إلا درهم مع عدم طلب العبد وإلا فله الرجوع ، وإنما يرد فى الرق إذا عجز عن الوفاء ﴿بعد إمهاله﴾ للتكسب ﴿كالشفعة﴾ على حسب نظر الحاكم من قصر المدة أو طولها ، وبعد الإمهال ان لم يوف مال الكتابة رد فى الرق ﴿فيطيب﴾ لسيده ﴿ما قد سلم﴾ إليه من مال الكتابة سواء كان المال من كسبه أم من غير ذلك ﴿إلا ما أخذه عن حق فلا له﴾ نحو ما أعانه به الإمام من بيت المال أو دفعه إليه سائر المسلمين من زكواتهم فإنه يجب على سيده ردّه ويوضع فى جهته التى هى معونة الرقاب وغيرها من سائر مصارف الزكاة ، وسواء كان السيد غنياً أم فقيرا ، ولو أتلفه المكاتب تعلق برقبته وما فى يده كدين المعاملة ويعيد الدافع زكاته لرجوع المكاتب فى الرّق .

﴿ويصح بيعه﴾ يعنى المكاتب ﴿إلى من يعتقه﴾ ولو إلى نفسه أو إلى ذى رحم محرم إذا كان ذلك ﴿برضاه وان لم يفسخ﴾ عقد الكتابة فإن لم يرض المكاتب أو لم يشتره ليعتقه لم يجز ذلك ﴿وإذا أدخل﴾ المكاتب ﴿معه غيره﴾ فى الكتابة ﴿فى عقد﴾ واحد ﴿لم يعتقا﴾ هو وذلك الغير ﴿إلا جميعاً﴾ نحو أن يكاتب عن نفسه وأولاده بعقد واحد فلا يعتق أيهم إلا بتسليم الجميع عنه وعنهم منه أو من الغير سواء تميزت حصص عوض الكتابة بأن يقول كاتبت كل واحد منكم بمائة أم لم

تميز لئلا يفرق العقد . وأما إذا كانت العقود مختلفة عتق من أوفى ماعليه أو أدى عنه تقدم أم تأخر ثم ان الأب ان كاتب بإذنهم رجع عليهم كل بحصته حيث سلم بإذنهم وإن كاتب بغير إذنهم لم يرجع .

﴿ ولا يعتق ما اشتراه ﴾ المكاتب ﴿ ممن يعتق عليه إلا بعتقه ﴾ فلو اشترى عبدا يعتق عليه إذا ملكه صح شراؤه ولم يعتق عليه لأن ملكه غير مستقر حتى يعتق بالوفاء أو بالتنجيز ﴿ ولو ﴾ عتق ﴿ بعد الموت ﴾ عتق رحمه أيضا وهو يعتق بعد موته بأحد وجهين: إما ﴿ بأن خلف الوفاء ﴾ لمالك الكتابة ﴿ أو أوفى عنه ﴾ بأن يتبرع عنه الغير بالوفاء عنه إذا قبله السيد فانه يلحقه العتق بذلك وان قد مات ، وإذا عتق عتق رحمه الذى اشتراه . ﴿ و ﴾ إذا اشترى المكاتب إياه أو بعض أرحامه كان ﴿ له ﴾ قبل العتق ﴿ كسبه لا بيعه ﴾ فلا يجوز وله أن يجبره على التكسب .

﴿ ومتى سلم ﴾ المكاتب ﴿ قسطاً ﴾ من مال الكتابة الصحيحة فقط ﴿ صار لقدره حكم الحرية ﴾ فإن كان ثلثاً كان ثلثه حرا ونحو ذلك ، وإنما تثبت له الحرية ﴿ فيما يتبعض من الأحكام ﴾ كالدية والأرش والميراث والوصية منه والحد . فأما ما لا يتبعض فحكمه حكم الرق فيه كالرجم والحج وعقد النكاح لقريبته والوطء بالملك والوقف منه لا عليه فيصح ويتبعض .

« نعم » وحكم الحرية يثبت لذلك البعض فى حال كون المكاتب ﴿ حيا ﴾ كالأرش والحد ﴿ و ﴾ فى حال كونه ﴿ ميتا ﴾ كالوصية والميراث فإنه لايورث بقدر ما أدى من مال الكتابة وإذا أوصى بشىء نفذ من وصيته بقدر ثلث ما أدى ويكون باقى المال لسيده .

﴿ و ﴾ إذا كان قد عتق بعضه واستحق أرشا أو نحوه مما يتبعض من الأحكام وجب عليه أن ﴿ يرد ما أخذ بالحرية ان رق ﴾ ويضمنه واوتلف بغير جناية ولا تفريط ويكون فى رقبته لأن الزيادة التى أخذها بسبب الحرية وقد رجع فى الرق ﴿ ولا يستتم ﴾

ما كان يستحقه لو كان حراً ﴿ ان عتق ﴾ بعد الاستحقاق لأنه أخذ ما يستحقه يوم أخذه وهو عبد .

﴿ وتسرى ﴾ الكتابة إلى من ولد بعدها ﴿ كالتدبير ﴾ سواء. فمن كاتب أمَتَهُ فولدت بعدعقد الكتابة سرت الكتابة إلى ولدها وحملها فيعتق بعتقها بوفاء أو تنجيز إلا أن الكتابة ليس كالتدبير من كل وجه بدليل لو رجعت المكاتبة فى الرق رجع أولادها فيه بخلاف المدبرة لو بيعت لفسق أو ضرورة بقى أولادها مدبرين ﴿ وتوجب الضمان ﴾ فإذا كاتب أحد الشريكين نصيبه صحت المكاتبة وضمن نصيب شريكه كما فى التدبير سواء سواء ﴿ ويستبد به الضامن ان عجز ﴾ عن تسليم ما كوتب عليه لأنه إذا كاتبه أحد الشريكين فقد استهلكه ودخل فى ملكه بالاستهلاك فيضمن لشريكه قيمة نصيبه ثم ان عجز بعد ورجع فى الرق استبد به هذا الضامن . ﴿ وله قبل الوفاء حكم الحر ﴾ فى تصرفاته وعقوده وليس لسيده استخدامه ولا تأجيره ولا وطء الأمة المكاتبة وإذا أعتق أو وقف أو وهب أو تصدق كان ذلك ﴿ موقوفاً ﴾ فإذا عتق نفذت وإن رق بطلت ويجيز السيد ما تصح إجازته ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من وطء السيد لمكاتبته أو أمتها فإنه لا يوجب الحد ولكن يؤدب ان علم التحريم ويلزم المهر ولو عتقت من بعد فلم يكن حكمها حكم الحر فى ذلك لا موقوفاً ولا ناجزا ، وكذلك أرش الجناية عليه لا يكون موقوفا على عتقه أو رقه بل العبرة بحال الجناية ولو عتق من بعد كما تقدم وكذلك الحج لا يجزيه حتى يعتق جميعه ولا يكون إجزاؤه موقوفا على عتقه بل لا يجزيه ولو تم عتقه ، وكذلك فإن لسيده تأديبه لا حده فلم يكن حكمه حكم الحر فى هذه الأمور لا موقوفا ولا ناجزا .

﴿٣٢٣﴾ باب الولاء

هو فى اللغة القرب، يقال بينهما ولاء أى قرب فى النسب. والولاء أيضا إسم للمال المأخوذ من جهة العتيق إذا مات ولا وارث له من نفسه .

واعلم أن الولاء على ضربين : ولاء عتاق ، وولاء موالاة . أما ولاء الموالاة فقد فصله عليه السلام بقوله ﴿ إنما يثبت ولاء الموالاة لمكلف ذكر حر مسلم على حربى ﴾ ولو كان لا يصح سببه إذا ﴿ أسلم على يده ﴾ يعنى بسببه وسواء كان بدعائه إلى الإسلام أو بوعظه له أو بأن سمع قراءته أو أذانه أو غير ذلك مما يكون داعيا إلى الإسلام ولو لم يقصد دعاءه إلى الإسلام إذا قصد الفعل كالتلاوة ونحوها لا لو كان غير قاصد كالنائم فلا يثبت له الولاء . ﴿ وإلا ﴾ تكمل الشروط ﴿ فلبيت المال ﴾ يكون ولاء ذلك ﴿ حتى يكمل ﴾ فإذا كان الداعى إلى الإسلام صغيرا أو مجنونا وأسلم بسببه حربى لم يثبت له ولاء بل لبيت المال حتى يبلغ الصغير ويعقل المجنون فيعود الولاء إليهما ، وكذلك لو كان الداعى إلى الإسلام امرأة لم يثبت لها الولاء ، وكذلك لو كان عبدا لم يثبت له حتى يعتق ، وكذا لو كان كافراً لم يثبت له حتى يسلم قبل موت الذى أسلم بسببه والإمام يثبت له الولاء كغيره من المسلمين .

﴿ و ﴾ أما ﴿ ولاء العتاق ﴾ فهو ﴿ يثبت للمعتق ﴾ عن ملك فقط يخرج الإمام والولى والوكيل ﴿ ولو ﴾ كان المعتق أعتقه ﴿ بعوض ﴾ نحو أن يكاتبه ﴿ أوسراية ﴾ نحو أن يعتق نصيبه فيسرى. والولاء قد يثبت للمعتق ﴿ أصلا ﴾ وجراً ، فالأصل ﴿ على من أعتقه ﴾ هو ﴿ وجرا على من أعتقه عتيقه أو ولده ولا أخص منه ﴾ فالجر كعتيق العتيق وولد العتيق فإن العتيق يجر ولاء ولده إلى سيده إلا أن يكون ثم من هو أخص منه كعتيق تزوج عتيقته فإن أولاد أولادها لمولى الأب دون مولى الأم لأن الأب أخص من الأم فلو تزوجت مملوكا كان ولاء أولادها لمولاها حتى يعتق

العبد فيعود لمواليه ما لم يجر مولى الأم. قال فى البحر : « إلا أن يكون الولد قد مات لم يسترد من معتق الأم إذ لا يجر ولاء ولده الميت بل الحىّ » فلو عدم مولى الأب بعد أن عاد الولاء إليهم فالمختار انه لا يعود الولاء إلى موالى الأم بل لبيت المال .

﴿ ولا ﴾ يصح أن ﴿ يباع ﴾ الولاء ﴿ ولا ﴾ أن ﴿ يوهب ﴾ ولا نحو ذلك من سائر التمليكات ﴿ ويلغو شرطه للبائع ﴾ ونحوه فلو بيع العبد واشترط البائع الولاء لنفسه فإنه يصح البيع ويبطل الشرط ويكون « الولاء لمن أعتق » ﴿ ولا يعصب فيه ذكر انثى ﴾ وإنما الولاء للرجال الذين هم عَصَبة دون النساء . فإذا مات العتيق وخلف أولاد مولاه المعتوق له وهم بنون وبنات كان الولاء للبنين دون البنات فإن خلف إخوة مولاه وأخواته كان الولاء للإخوة دون الأخوات .

﴿ و ﴾ الولاء سبب لميراث المولى من عتيقه ﴿ يورث به ولا يورث ﴾ فى نفسه فلو أن رجلا أعتق عبداً ثم مات وترك ابنين ثم مات وترك أحد الابنين وترك ابنا ثم مات العتيق فميراثه لابن المولى ولاشىء لابن ابنه ولو كان يورث اشتركا فيه ﴿ ويصح ﴾ الولاء ﴿ بين الملل المختلفة ﴾ فيصح أن يكون المسلم مولى للذمى والذمى مولى للمسلم وكذا اليهودى والنصرانى لكنه ﴿ لا ﴾ يثبت ﴿ التوارث ﴾ بينهم ولو ثبت الولاء ﴿ حتى يتفقوا ﴾ فى الملة ويثبت التوارث إذا وقع الموت بعد الاتفاق ، وسواء كان الاتفاق فى ملة الإسلام أم فى غيرها ﴿ و ﴾ يصح ﴿ أن يكون كل ﴾ واحد من الشخصين ﴿ مولى لصاحبه ﴾ فمن سبق موته ورثه الآخرّ . مثاله لو أن حربياً اشترى عبدا وأعتقه ثم سبى فاشتراه العبد وأعتقه فولاء الأول للآخر وولاء الآخر للأول، ومثال اختلاف الولاء أن يسبى ذمى حربيا فأعتقه فأسلم ذلك الحربى ثم لحق الذمى بدار الحرب ثم يسلم على يد عتيقه الذى كان حربيا . ﴿ و ﴾ يصح ﴿ أن يشترك فيه ﴾ كأن يسلم الحربى على يد جماعة بلفظ واحد أو وكلوا فيشتركون فى ولائه وكذلك لو أعتق

العبد جماعة اشتركوا أيضاً . ﴿ والأول ﴾ وهو ولاء الموالاة يكون ﴿ على ﴾ عدد ﴿ الرؤوس والآخر ﴾ وهو العتاق يكون مقسما بينهم ﴿ على ﴾ قدر ﴿ الحصص ومن مات ﴾ من الشركاء فى الولاء ﴿ فنصيبه فى الأول ﴾ وهو ولاء الموالاة ولو صغيرا أو مجنونا بعد تكليفه قبل الحيازة ﴿ لشريكه ﴾ لا لورثته وإذا لم يكن له شريك وله ولد كان لبيت المال دون الولد إذا الولد وغيره على سواء ﴿ وفى الآخر ﴾ وهو ولاء العتاق ﴿ للوارث ﴾ سواء كان عصبة أو ذا سهم أو ذا رحم ﴿ غالبا ﴾ احترازاً من الوارث بالسبب كالزوجة نحو أن يعتق رجلان عبدا ثم يموت أحدهما ولا وارث له إلا زوجته وشريكه فى العبد باق . ثم يموت العبد فإنه يكون للشريك حصته من ميراثه والباقى يكون لبيت المال ولا شىء للزوجة . واحترازا من الوارث من ذوى السهام مع العصبات. قال فى حاشية السحولى : « ولو خلف الميت أمه ومعتقها كان لأمه الثلث والباقى لمعتقها إذ هو عصبة للميت ، ولو خلف أمه وأباها كان المال لأمه جميعه ولا شىء لأبيها إذ هو ذو رحم للميت ، وهذه من عجائب الأحكام . فلو خلف أبا أمه ومعتق أمه كان المال لمعتقها لا لأبيها » . والله أعلم .

﴿٣٢٤﴾ كتاب الأيمان[1]

إعلم أن لليمين معنيين لغوى واصطلاحى : أما اللغوى فلفظ اليمين مشترك بين معان : حقيقة في الجارحة والقسم ، مجاز في غيرهما . وأما الاصطلاحى : فاليمين قول مخصوص أو ما في معناه يتقوى به قائله على أمر أو تركه أو أنه كان أو لم يكن ، وهذا الحد يعم ما تجب فيه الكفارة وما لا تجب فيه والماضى والمستقبل والذى في معنى القول هو الكتابة .

فصل

﴿ إنما يوجب الكفارة ﴾ من الأيمان ما جمع شروطا ثمانية :

﴿ الأول ﴾ ﴿ الحلف من مكلف ﴾ فلا تنعقد اليمين من الصغير ولو حنث بعد البلوغ ولا من مجنون ، وفي السكران الخلاف المذهب أنها تنعقد ، ولا تشترط الحرية حال الحلف عقدا ولا حال الحنث حلا .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون من ﴿ مختار ﴾ فلو حلف مكرها لم تنعقد اليمين إلا أن ينويه أو يكرهه الإمام أو الحاكم .

---

(١) دليله من الكتاب والسنة والاجماع . أما الكتاب : فقوله تعالى « لا يؤاخذكم الله باللغو في أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الأيمان » سورة المائدة . وأما السنة فكثيرة منها : ما رواه أبو داود عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم أنه قال : « والله لأغزون قريشاً قال ذلك ثلاث مرات ثم قال في الثالثة إن شاء الله » ، ومنها ما روى في الصحيحين من أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يحلف بقوله : « لا ومقلب القلوب » ، وربما يحلف بقوله : « والذى نفسى بيده » أى بقدرته يصرفها كيف يشاء ، وقد أجمع المسلمون على أن الحلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته مشروع وحكمة مشروعيته الحث على الوفاء بالعقد مع ما فيه من تعظيم الله تعالى اه .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يكون من ﴿ مسلم ﴾ فلو حلف فى حال كفره لم تنعقد يمينه بمعنى أنها لا تجب عليه الكفارة إذا حنث إلا الموجبة والدافعة فتنعقد ولا كفارة

﴿ الشرط الرابع ﴾ أن يكون الحالف ﴿ غير أخرس ﴾ فلو كان أخرس سواء كان طارئا أم أصليا لم تنعقد يمينه فى غير المركبة لأن من شرط اليمين التلفظ باللسان ولا تنعقد من الأخرس بالكتابة لأن الكتابة كناية عن التلفظ فهى فرع والتلفظ أصل ولا ثبوت للفرع مع بطلان أصله .

﴿ الشرط الخامس ﴾ أن يكون الحلف ﴿ بالله ﴾ نحو والله ﴿ أو بصفته لذاته أو لفعله لايكون على ضدها ﴾ إذ لو كان على ضدها كالرضى والسخط لم تكن يمينا . وصفات ذاته كالقادرية والعالمية والعظمة والكبرياء والجلال وصفة أفعاله التى لا يكون على ضدها ﴿ كالعهد ﴾ وهو وعده بإثابة المطيع ﴿ والأمانة ﴾ وهى الوفاء بالعهد ﴿ والذمة ﴾ وهى الضمانة والالتزام والميثاق وكلها راجعة إلى القسم بصدق الله وهو لا يكون على ضد الصدق ، وكذا الصفة التى لا يوصف بها على الإطلاق إلا الله تعالى كالكريم والخالق والرازق والعدل والحكيم والرؤوف والرحيم . فإن هذه الصفات أفعال لا يوصف بها على الإطلاق إلا البارى عز وجل . فإن أضافها إلى إسم الله لفظا أو نية نحو وقدرة الله وعهد الله فصريح يمين ، وان لم يضفها فكناية تحتاج إلى النية فإن أراد غير الله لم يحنث . أما لو حلف بما لا تعظيم فيه لله فليس بيمين ولو نوى كقوله والشىء .

﴿ نعم ﴾ فلا تنعقد اليمين إلا أن يحلف بما تقدم ﴿ أو ﴾ يحلف ﴿ بالتحريم ﴾ فإنه بمنزلة الحلف بالله فى إيجاب الكفارة ، ولابد فى الحلف بالله تعالى أو بالتحريم من أن يكون الحالف ﴿ مصرحا بذلك ﴾ أى بلفظ الحلف والتحريم أو كانيا فى يمين القسم لا فى التحريم فلا كناية له ، وكيفية التصريح بالحلف بالله أو بصفاته هو أن يأتى بأى حروف القسم المعروفة مع الاسم وأمهات حروف القسم هى الباء والتاء والام

والواو نحو بالله لأفعلن أو بحق ربي لأفعلن ، والتاء نحو تالله لأفعلن والواو نحو والله لأفعلن واللام فيما يتضمن معنى التعجب فقط نحو قولهم : لله ـ بكسر اللام ـ لا يؤخر الأجل ، أي والله لا يؤخر الأجل ، وكذلك لو قال : وأيم وهَيْم الله ولعمر الله فهو صريح فإن لم يأت بشيء من حروف القسم بل قال الله لأفعلن كذا أو ما أشبهه فهو صريح ، وأما لو قال رجل لآخر بالله لتأكلن كذا أو لتقعدن هنا كما يعتاده كثير من الناس عند الأكل وغيره غير قاصد لليمين وإنما قصد المساعدة على الأكل أو نحو فإنها لا تكون يميناً إلا مع النية فقط مع أنه قد أتى بحرف القسم .

وأما صريح التحريم فلا فرق بين قولك : حرام عليّ أو عليّ حرام أو حرام مني أو مني حرام أو حرمت على نفسي في ان ذلك صريح يمين . فإن قال القائل : حرام جواباً لمن قال افعل كذا أو ابتداء أو قال حرام بالحرام أو عليّ الحرام فلا يكون يمينا ولو نواه إذ لا كناية في التحريم .

﴿ مسئلة ﴾ إذا أتى بالقسم ملحوناً بفتح أو ضم غير معرب بالكسر انعقدت يمينه ان كان عارفا له أو جاهلاً للاعراب فإن كان عارفا لذلك قاصداً إخراجه عن عن القسم باللحن فلا تنعقد ولا كفارة عليه ، ويعادعليه القسم معربا إذا كانت اليمين حقا للغير .

﴿ فرع ﴾ قال في البيان : « من قال بالله[1] لافعلت كذا لم يكن يمينا لأن المد حرف من الجلالة فإذا حذفه لم يكن يميناً » .

﴿ فرع ﴾ من قال هذا الشيء أو الفعل علي كالخمر أو كالخنزير أو كالميتة أو نحو ذلك مما هو محرم لم يكن يميناً حكاه في البيان عن أبي طالب .

ويشترط في صريح الأيمان ﴿ قصد إيقاع اللفظ ﴾ وان لم يقصد معنى اليمين فلو سبقه لسانه إلى اللفظ ولم يقصده لم يكن يمينا ﴿ولو﴾ كان الحالف ﴿أعجميا﴾ ولفظ صريح اليمين بالفارسية كما حكاه في البحر : خداي بيار ، والمعني في خداي : الله ، وفي بيار : لافعلت .

(١) تقرأ بدون مد

فلا بد من قصد اللفظ ﴿ أو كانياً قصده والمعنى ﴾ أى قصد اللفظ ومعنى اليمين التى توجب الكفارة . وكنايات الأيمان تنحصر فى معانى السبع الصور الآتية لا فى ألفاظها فإذا وافق معنى أى هذه الألفاظ الآتية غيرها من الألفاظ ومعناه معناها انعقدت اليمين مع النية ثمن ذلك اللفظ الصريح إذا وقع ﴿ بالكتابة ﴾ كأن يكتب بالله لأفعلن كذا أو نحو ذلك من صريح الأيمـان . وتنعقد بالكتابة كناية مع مقارنة النية لابتداء الكتابة ولا يشترط الاصطحاب إلى آخرها نحو أن يكتب أقسم لأفعلن كذا ﴿ أو ﴾ قال ﴿ أحلف ﴾ أو حلفت لأفعلن كذا ﴿ أو ﴾ قال ﴿ اعزم ﴾ أو عزمت ﴿ أو اقسم ﴾ أو أقسمت أو أنا حالف أو مقسم لأفعلن كذا فهـذه كناية الأيمان تكون يميناً مع النية كالنطق بالصريح ، وهذا حيث لم يقل فى الجميع بالله فان قال فصريح لا يفتقر إلى النية .

﴿أو﴾ قال الحالف منشئاً لا مخبراً ﴿علىّ يمين﴾ أو التزمت يميناً أو حتمت على نفسى يميناً فإن هذه يمين إذا نواها ﴿ أو ﴾ قال علىّ ﴿ أكبر الأيمان ﴾ ناوياً لليمين ﴿ غير مريد الطلاق ﴾ فإن أراد الطلاق لم يكن قسما وكان طلاقا وإن نواهما معا وقعا ـ اليمين والطلاق ـ وان لم يرد أحدهما لم يقع شىء . هذه الألفاظ التى تنحصر كنايات الأيمان فى معانيها ، وأما كنايات الطلاق والعتاق فغير محصورة .

﴿ الشرط السادس ﴾ أن يحلف ﴿ على أمر مستقبل ممكن ﴾ لا ماض أو ما لا يمكنه فلا يوجب كفارة بل تكون لغواً وهو ما ظن صدقها فخالف كأن يحلف ما يملك فى داره شيئاً من الطعام وهو يظن ذلك فإنه إذا انكشف شىء من ذلك لم يحنث به ولا كفارة عليه . أو تكون غموسا وهى ما لم يظن صدقها فى ذلك فيأثم فيها ولا كفارة عليها .

﴿ الشرط السابع ﴾ أن يكون الحالف حلف ﴿ ثم حنث بالمخالفة ﴾ أو عزم فيما هو ترك . فأما مجرد الحلف فلا يوجب الكفارة ﴿ ولو ﴾ حنث ﴿ ناسيا ﴾ أو مجنونا

أو زائل العقل ﴿ أو مكرها ﴾ بقى ﴿ له فعل ﴾ فيما فعل به فان الكفارة تلزمه ويرجع بها على المكره فأما لو لم يبق له فعل نحو أن يُحمل حتى يدخل الدار التى حلف على دخولها أو نحو ذلك فإنه لا يحنث ولا تنحل اليمين .

﴿ الشرط الثامن ﴾ أن يستمر إسلامه من وقت اليمين إلى وقت الحنث فلا تجب إلا أن يحلف ويحنث ﴿ ولم يرتد بينهما ﴾ فلو حلف وهو مسلم ثم ارتد ثم أسلم ثم حنث فانه لا كفارة عليه لأن اليمين تبطل بالردة .

فهذه الشروط الثمانية معقودة لما يلزم به الكفارة من الأيمان . ﴿ و ﴾ اعلم أن اليمين ﴿ تنعقد ﴾ من الحالف ﴿ على الغير ﴾ فلو حلف على غيره ليفعلن كذا أو لأفعلن كذا فخالفه ذلك الغير فانه يحنث وتلزم الكفارة ﴿ فى الأصح ﴾ من القولين. قال الإمام القاسم رضى الله عنه : « يقال إن قصد الحالف انه يجبر الغير على ما حلف به وهو يقدر على ذلك ويعنمه فخالف لزمته الكفارة ، وإن علم أن الغير يخالفه ولا قدرة له على إجباره فغموس لا كفارة إلا التوبة فان علم انه لا يخالفه فخالفه فلغو لا كفارة عليه حيث لا يقدر على إجباره أو معالجته بما أمكن ولو بالمال » .

﴿ ولا يأثم ﴾ الحالف ﴿ بمجرد الحنث ﴾ بل الحكم لما تعلقت به فإن تعلق بفعل واجب أو ترك محظور فالحنث محظور وان تعلقت بترك واجب أو فعل محظور فان الحنث واجب وإن تعلقت بفعل مندوب أو ترك مكروه فالحنث مكروه ، وإن تعلقت بترك مندوب أو فعل مكروه فالحنث مندوب ، وإن تعلقت بفعل مباح محض فيجوز الحنث والكفارة تعبد ، فأما إذا كان المحلوف منه فعله أولى من تركه فيجوز الحنث وتجب الكفارة . قال فى حاشية السحولى : « وأما الحنث فلا يأثم فى جميع الصور وإنما يأثم حيث كان المحلوف منه يأثم به من غير يمين .

﴿٣٢٥﴾ ﴿فصل﴾

فى بيان الأيمان التى لا توجب الكفارة وما يجوز الحلف به وما لا يجوز .

﴿ و ﴾ اعلم أن الكفارة ﴿ لا تلزم ﴾ فى أربعة أيمان :

﴿ الأولى ﴾ ﴿ فى اللغو وهى ما ظن صدقها فانكشف خلافه ﴾ وحقيقتها كل يمين لايتوقف الحنث والبر على اختيار الحالف فهى لغو لأنها انكشاف فقط، والمعقودة يتوقفان معا لأنها اختيار فعل أمر أو تركه والغموس عكس ذلك كله . ذكر معناه فى البحر ، وهذا الحد فى اللغو يدخل فيه الماضى نحو لقد فعل أو ما فعل والحال ان هذا كذا . والاستقبال ليفعلن كذا وليقتلن زيداً فينكشف أن زيدا قد مات أو لتمطرن السحابة أوليجيئن زيد غداً فلا يجىء وأمارة ذلك حاصلة ولايقال ان المعقودة تدخل فى قيد اللغو وذلك حيث يحلف على أمر مستقبل عازما على أن يفعله ثم ترجح له أن لا يفعله فهذه قد ظن صدقها فانكشف خلافه لأنا نقول المعقودة قد خرجت بقوله ممكن فكأنه قال : « اللغو هى ما ظن صدقها فانكشف خلافه » مما عدا المعقودة التى تقدمت .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانية ﴾ فى ﴿ الغموس وهى ما لم يعلم أو ﴾ ما لم ﴿ يظن صدقها ﴾ أو شك فيها ويقال لها اليمين الزور والفاجرة ، وسميت فى الأحاديث يمين صبر ويمينا مصبورة ، وإنما سميت غموسا لأنها تغمس صاحبها فى النار وتذر الديار بلاقع فعلى هذا فهى فعول بمعنى فاعل .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالثة ﴾ ﴿ لا ﴾ تلزم كفارة ﴿ بالمركبة ﴾ من شرط وجزاء وهى أن يحلف بطلاق امرأته أو بصدقة ماله أو بحج أو بصيام أو عتق أو نحو ذلك ، وسميت مركبة لأنها تركبت من شرط وجزاء وسيأتى تفصيلها إن شاء الله تعالى فى فصل ٣٢٨

﴿ و ﴾ ﴿ الرابعة ﴾ ﴿ لا ﴾ تجب الكفارة ﴿ بالحلف بغير الله ﴾ سواء حلف بما عظمه الله تعالى كالملك والرسل ولوقال ورسول الله والقرآن والكعبة ، أو بما أقسم

الله به كالسماء والليل والعصر والنجم والشمس فإنها ليست بيمين عندنا لكن يستحب له الوفاء كالوفاء بالوعد ما لم تكن المحالفة خيرا .

﴿ و ﴾ كما لا يلزم من حلف بغير الله كفارة ﴿ لا ﴾ يلزمه ﴿ الاثم ما لم يسو ﴾ بين من حلف به وبين الله تعالى ﴿ فى التعظيم ﴾ فإن اعتقد تعظيم ماحلف به كتعظيم الله تعالى أثم حينئذ بل يكفر مع اعتقاده التسوية ﴿ أو ﴾ كانت يمينه ﴿ تضمن كفرا أو فسقا ﴾ لزمه الأثم نحو أن يقول هو برىء من الإسلام ان فعل كذا أو هو يهودى ان فعل كذا أو هو زان ان فعل كذا أو عليه لعنة الله ان فعل كذا ، فإذا قال هو برىء من الإسلام أو هو يهودى ان فعل كذا أو نحو ذلك فإنه يأثم ولا يكفر وإن حنث فى يمينه لإخراجه ذلك مخرج اليمين ، وأما فى غير اليمين فيكفر كما يأتى فى السير[1] إن شاء الله تعالى .

﴿ واعلم ﴾ أن التحليف بكلمة الكفر أو البراءة من الله أو من الإسلام لا يجوز عندنا وقد روى عن المؤيد بالله أنه حلف بذلك فى يمين أكدها على الحالف بأن قال فإن نويت غير هذا فأنت برىء من الله وعليك الحج وكذلك اليمين المشهورة المسماة بالزبيرية التى حلفها عبد الله بن مصعب الزبيرى حين حلفه يحيى بن عبد الله فقال له قل : برئت من حول الله وقوته واعتصمت بحولى وقوتى استكبارا على الله واستغناء عنه ما فعلت كذا . قيل فلما حلفه يحيى عليه السلام عوجل الزبيرى فى يومين أو فى ثلاثة أيام وتقطع بالجذام[2] ومات . والمختار أنه لا يجوز التحليف بذلك ولا الحلف .

﴿٣١٦﴾ ﴿ فصل ﴾

فى حكم النية فى اليمين وحكم اللفظ مع عدمها ﴿ وللمحلف على حق ﴾ أو تهمة

---

(١) أول فصل رقم ٤٧٣ فى شرح قوله : (أو لفظ كفرى وإن لم يعتقد معناه) اهـ .

(٢) وسيأتى مثل هذا أول فصل رقم ٣٥٥ برواية فيها زيادة ونقصان اهـ .

﴿بما له التحليف به نيته﴾ ان احتملها حقيقة ما أظهره وهذا إذا كان التحليف فى المخاصمات فيما يتعلق بالغير بنظر حاكم محق فإن ما ألزم به حق يجب امتثاله فتكون اليمين على ما أظهره الحاكم لها كما حققنا ذلك فى الدعاوى لا على ما أبطن الحالف فلا عبرة به ، واليمين لا يصح أداؤها إلا عند حاكم أو عند غيره بأمره كأداء الشهادة إذا كان الحق مختلفا فيه مطلقا أو مجمعاً عليه مع التشاجر أما مع التراضى فيصح ومن التراضى أن يبرىء الخصم من الحق على أن يحلف فى غير محضر الحاكم فحلف لم يكن له تحليفه مرة أخرى ولا المرافعة لأنه قد أسقط حقه باليمين .

« أجل » وإنما تكون النية للمحلف لا الحالف بثلاثة شروط :

﴿الأول﴾ أن يكون استحلافه على حق يستحقه على الحالف ولو بمجرد القبض كالوصى والوكيل فلو لم يستحقه كانت النية نية الحالف .

﴿الثانى﴾ أن يستحلف بما له أن يحلف به وهو الحلف بالله أو بصفاته لذاته ، وأما لو استحلف بالمركبة كالطلاق أو العتاق أو النذر كانت النية نية الحالف ما لم يتراضوا فنية المحلف وكذا لو رأى الحاكم جواز التحليف بذلك فله إلزام الخصم والنية للمحلف وفائدة الحلف . بالله أنها إن كانت على ماض أثم الحالف ان لم توافق نيته نية المحلف وكانت اليمين غموساً وإن كانت على أمر مستقبل نحو أن يحلفه الحاكم ليقضين زيداً حقه غداً فإن النية نية المحلف ولا حكم لنية الحالف فتلزم الكفارة إذا لم يقضه غدا بعد التمكن ولا تكون غموسا ولو نوى الحالف نية تصرفه عن الحنث فلا حكم لها

﴿الثالث﴾ أن تكون نية المحلف يحتملها حقيقة ما أظهره ، وأما لو نوى غير ما أظهره فإن ذلك لا يصح . ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ تكن اليمين على حق يستحقه المحلف بل على باطل أو بما ليس له التحليف به كالمركبة أو أبطن غير ما أظهر ﴿ فللحلف ﴾ نيته فيما حلف عليه ﴿ إن كانت ﴾ له نية يحتملها حقيقة ما أظهر المدعى ، وهذا فيما يتعلق بالغير وهى اليمين فى المخاصمات كما سيأتى فى الدعاوى .

﴿ و ﴾ أما فيما لا يتعلق بغيره وهو ما يخصه فيما بينه وبين الله تعالى لتعلق اليمين بالحالف ولفظ المحلوف فللحالف نيته ان ﴿ احتملها اللفظ بحقيقته أو مجازه ﴾ مثاله أن يحلف لاركب ظهر حمار وينوى به الرجل البليد فإنه يقبل قوله فى ذلك باطنا فإن قال أردت بالحمار الثور فإنه لا يقبل قوله ولا تؤثر نيته ؛ لأن لفظ الحمار لم يطلق على الثور لا حقيقة ولا مجازا ولو صودق ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ تكن للحالف نية أو كانت له نية لكن نسيها ، أو لم ينسها لكن اللفظ لا يحتملها بحقيقته ولا مجازه ولو صودق ﴿ اتبع معناه فى عرفه ﴾ أى معنى اللفظ فى عرف الحالف ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن له عرف فى ذلك اللفظ حمل على ﴿ عرف بلده ﴾ الذى هو مقيم فيه إذا كان قد وقف فيه مدة تعرف فيها مراد ألفاظ أهله . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن لبلده عرف فى ذلك اللفظ رجع إلى عرف ﴿ مَنشئه ﴾ وهى الجهة التى نشأ فيها والتقط لغاتها وأما موضع ولادته فلا عبرة به ومثال ذلك لو حلف ما ملك دابة فإن العرف مختلف هل يطلق على الأتان أم على الفرس . ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن له فى ذلك اللفظ عرف ولا لبلده ولا لمنشئه رجع إلى عرف ﴿ الشرع ﴾ فى ذلك اللفظ كالصلاة فإنها فى اللغة الدعاء ، وفى عرف الشرع العبادة المخصوصة ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن للشرع عرف فى ذلك اللفظ رجع إلى عرف ﴿ اللغة ﴾ كالدابة إذا لم يجر عرف بأنها للأتان أو للفرس فإنها فى عرف أهل اللغة لذوات الأربع فيحمل عليه لا على أصل اللغة فانها فيه لكل ما دب ﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن فى ذلك عرف رجع إلى ﴿ حقيقتها ﴾ فى أصل اللغة نحو : لا اتى الأسد ولا نية له فيحمل على الأسد المعروف .

﴿ فرع ﴾ فان حلف لا برح من المسجد أو لا دخله فهو على ظاهره وإن نوى به مسجدا من مساجد البيوت صح لأنه يسمى مسجدا مجازا وإن حلف لاشرب من الماء حمل على المعتاد وإن نوى ماء الكرم صح لأنه يطلق عليه مجازا ذكر معناه فى البيان .

﴿ ثم ﴾ إذا لم يكن لهذا اللفظ فى اللغة حقيقة رجع إلى معناه فى ﴿ مجازها ﴾

كلفظ الرحمن فإنه مجاز لاحقيقة له لأنه لم يطلق إلا على الله وهو فى حقه مجاز لأن الرحمة تستلزم الرقة وذلك لا يجوز عليه ، وأما فى عرف الشرع فقد صار العكس وهو أن لفظ الرحمن والرحيم حقيقة فى الله تعالى . فلو حلف ليطيعن الرحمن لم يبر بالا بطاعة الله تعالى إذ لا يطلق على غيره لا حقيقة ولا مجازا ، وكذا فى الرحيم إذ هو حقيقة فى الله مجاز فى الواحد منا فلا يطلق على الواحد من بنى آدم إلا حيث نواه الحالف ﴿ فالبيع والشراء ﴾ إسم ﴿ لهما ﴾ فلا يحنث بأحدهما ان حلف من الآخر للعرف ، ﴿ و ﴾ اسم ﴿ للصرف والسلم ﴾ والتولية والمرابحة فلو حلف ليبيعن كذا أو ليشترينه فانه يبر ببيعه أو بشرائه ولو كان فضة أو ذهباً فصرف الفضة أو الذهب بر فى يمينه لأن الصرف بيع وكذا لو أسلمهما فى شيء أو استسلم فإنه يبر بذلك لأنه يسمى بائعاً ومشتريا فى هذه الصور كلها سواء كان العقد ﴿ صحيحاً أو فاسدا ﴾ بشرط أن يكون التعامل بالفاسد ﴿ معتادا ﴾ فى تلك الناحية ويقدم عرف الحالف أو يقبض المبيع بإذن البائع . فأما الباطل فلا يدخل فى ذلك إلا حيث عين ما لا يصح بيعه نحو أن يحلف ما باع الخمر أو الميتة ثم باعه فإنه يحنث .

﴿ و ﴾ إذا حلف ليبيعن أو ليشترين أو لا باع أو لا اشترى كانت يمينه متناولة ﴿ لما تولاه مطلقا ﴾ أى سواء كان يعتاد توليه بنفسه أو يستنيب غيره . قال الفقيه يوسف : « وسواء كان الشراء لنفسه أو لغيره حيث حلف لا اشترى كذا » ﴿ أو أجازه أو أمر به إن لم يعتد توليه ﴾ يعنى وكذا لو أمر من يبيع أو يشترى أو باعه عنه فضولى أو اشترى وأجازه هذا الحالف فإن الأمر والإجازة يجريان مجرى توليه بنفسه بشرط أن يكون ممن لم يعتد توليه بنفسه بل عادته الاستنابة ، وتثبت العادة بمرتين فأما لو كان يعتاد توليه بنفسه لم يبر ولم يحنث بالأمر ولا بالإجازة .

﴿ وحاصل الكلام ﴾ فى هذه المسئلة « أنه لا يخلو إما أن تكون له نية أو لا ، فإن كانت له نية عمل بنيته ان احتملها اللفظ ، وإن لم تكن له نية فاما أن يعتاد تولى

العقد بنفسه ، أو يستنيب ، أو تختلف عادته ، أو لا عادة له : فإن كانت عادته تولى العقد بنفسه فأما أن يفعل بنفسه أو يتولاه غيره، فإن تولاه بنفسه حنث وإن كان الشراء للغير ولوأضاف، وان تولاه غيره بأمره أو بغير أمره وأجاز لم يحنث ، وأما إذا كانت عادته أن يستنيب فإما أن يشتريه بنفسه أو يشتريه غيره، فإن تولاه بنفسه حنث وإن اشتراه غيره بأمره حنث وان اشتراه بغير أمره وأجاز حنث وان لم يجز لم يحنث . وأما إذا اختلفت عادته فإما أن يكون فيها غالب أو لا : فان كان فيها غالب فالحكم له وإن لم يكن حنث بأى الأمرين، وإن كان ثم غلب والتبس لم يحنث حتى يحصل بمجموع الشراء بنفسه والشراء بأمره وإجازته ، وإن لم تكن له عادة فاليمين تتناول فعله فإذا أمر لم يحنث » .

﴿ ويحنث بالعتق ونحوه فيما حلف ليبيعه ﴾ فلو حلف ليبيعن عبده فأعتقه أو وقفه أو وهبه حنث بذلك لا بالتدبير ما لم يمت أيهما ولا بالكتابة ما لم يوف .

﴿ فرع ﴾ فإن حلف ليعتقنه أو نذر بعتقه ثم باعه وعزم على شرائه بعد البيع لم يحنث لأنه يمكنه شراؤه ثم يعتقه .

﴿ و ﴾ من حلف من ﴿ النكاح وتوابعه ﴾ كالرجعة والطلاق كانت يمينه متناولة ﴿ لما تولاه ﴾ لنفسه من ذلك ﴿ أو أمر به ﴾ أو أجازه ﴿ مطلقاً ﴾ أى سواء كان يعتاد توليه بنفسه أم لا وكذا لو حلف لا وهب أو لا أعتق أو نحو ذلك ، « وعلى الجملة » فكل عقد تعلقت حقوقه اصالة بالموكل لا بالوكيل كالنكاح فإنه إذا حلف منه حنث بالأمر به سواء كان يعتاد توليه بنفسه أم لا وما كانت حقوقه تتعلق بالوكيل لم يحنث إذا أمر به إلا إذا كان لا يعتاد توليه بنفسه ﴿ لا البناء ونحوه فكالبيع ﴾ فلو حلف لا بنى الدار ولا هدمها أو لا خاط هذا الثوب . أو نحو ذلك من سائر الصناعات فإن حكمه حكم البيع فإن كان يعتاد توليه بنفسه لم يحنث إذا أمر غيره وإن كان يعتاد الاستنابة حنث بأمر غيره ولا تلحقه الإجازة .

﴿ والنكاح ﴾ اسم ﴿ للعقد ﴾ فلو حلف لا نكح فلانة فعقد بها حنث بذلك أو حلف ليتزوجن على زوجته بر بالعقد وإن لم يدخل والعقد الفاسد كالصحيح هنا إذا كان من قبيل العوام حنث بالفاسد لا إن لم يكن منهم . فإن جرى عرف بالفاسد فلا فرق بين عامى وغيره إذا دخل فيه جاهلا ، وقد تقدم أن الفاسد كالصحيح فى كتاب البيع أثناء فصل ٢١٩ إلا فى أحكام .

﴿ وسره ﴾ أى سر النكاح ﴿ لما حضره شاهدان ﴾ إن كان مذهباً له أو جرى عرف فلو حلف لينكحن سراً لم يحنث ولو أحضر شاهدين لأن النكاح لا يتم إلا بهما فإن أحضر أكثر لم يبر إلا أن يستكتمهم ﴿ والتسرى للحجبة ﴾ وهى أن لا تخرج لحوائجها ﴿ والوطء وإن عزل ﴾ فلو حلف لا تسرى أمته حنث بأن يحجبها ويطأها ولو عزل منها فلو وطئها ولم يحجبها لم يحنث وكذا لو حجبها من دون وطء والمعتمد العرف ففى بعض الجهات يسمى متسرياً مع الوطء وإن لم تحجب وذلك حيث لا يلزمون النساء الحجاب ﴿ والهبة ونحوها للإيجاب بلا عوض ﴾ فلو حلف لا وهب أو لا اقترض أو لا أعار أو لا تصدق حنث بالإيجاب إن قبل الموهوب له والقبض فى القرض والعارية والصدقة فأما لو وهب أو أعار بعوض لم يحنث ﴿ لا الصدقة والنذر ﴾ فلو حلف لا وهب لفلان شيئاً فتصدق عليه أو نذر لم يحنث ، والفرق بين الصدقة والهبة قد تقدم فى الهبة أثناء فصل ٢٦٣ منها أن القبض فى الصدقة يقوم مقام القبول فى الهبة .

﴿ والكفالة ﴾ اسم ﴿ لتدرك المال ﴾ أو الحق كالقسمة ﴿ أو ﴾ لتدرك ﴿ الوجه ﴾ فلو حلف لا ضمن على زيد حنث إن ضمن بوجهه أو بمال عليه ، ﴿ والخبز له وللفتيت كباراً ﴾ فلو حلف لا أكل خبزاً حنث بأكل رغيف كامل أو كسرة منه كبيرة لا الفتيت الصغار الذى لا يسمى خبزاً ولا الكمك ولا بالعصيدة والسويق . ﴿ والإدام ﴾ اسم ﴿ لكل ما يؤكل به الطعام غالباً ﴾ أى فى غالب الأحوال فلو حلف أن لا يأتدم فأكل الخبز بشوى أو دهن أو بيض أو نحو ذلك حنث ﴿ لا الماء والملح ﴾ فإذا أكل

الخبز بهما لم يحنث ﴿ للعرف ﴾ أنهما ليسا بادام فإن جرى عرف بأنهما ادام فى بعض الجهات حنث بهما فى تلك الجهة وعرف الحالف مقدم . ﴿ واللحم ﴾ اسم ﴿ لجسد الغنم والبقر والإبل وشحم ظهورها ﴾ فلو حلف لا آكل لحماً فأكل من جسد هذه المذكورات أو من شحم ظهورها حنث . فأما لو أكل من لحم بطونها أو شحم بطونها أو من لحم رؤسها ــ لا الرقبة فمن البدن ــ أو من لحم سمك أو دجاج لم يحنث إلا لعرف فيحنث . ﴿ والشحم ﴾ اسم ﴿ لشحم الألية والبطن ﴾ فلو حلف لا آكل شحما فأكل من شحم الالية أو البطن حنث ، فأما لو أكل من لحم الجسد أو من شحم الظهر لم يحنث . فلو حلف من اللحم فأكل من شحم الظهر متصلا باللحم لا منفصلا حنث ، فإن حلف من الشحم لم يحنث بأكل شحم الظهّر متصلا ويحنث بأكله منفصلا لأن اسم الشحم يطلق عليه منفصلا : وأما الألية فالعرف جار الآن أنها ليست بشحم ولا لحم بل قد عرفت بـ« الترب » ومنها يستخرج المال وهو فى عرفنا « الودك » فلو حلف من الشحم أيضاً لم يحنث بالأكل منها .

﴿ والرؤوس ﴾ اسم ﴿ لرؤس الغنم ﴾ بلا خلاف ﴿ وغيرها ﴾ وهى رؤس البقر والإبل لا تطلق عليهما ﴿ إلا لعرف ﴾ عند الحالف ثم عرف بلده فى وقوعه عليهما فلوحلف لا آكل الرءوس فأكل رؤس الطير وما أشبهها لم يحنث وذلك لأن الرؤس فى العرف لايطلق عليها .

﴿ والفاكهة ﴾ اسم ﴿ لكل ثمرة ﴾ يخرج اللحم واللبن ونحوهما وقوله ﴿ تؤكل ﴾ ليخرج الورد ونحوه وقوله ﴿ وليست قوتاً ﴾ ولو كانت تقتات فى بعض الأوقات والعنب فى وقت كثرته فلا يخرج عن تسميته فاكهة وإنما يحترز من عكس العنب وهو البرّ والارز فإنهما ليسا بفاكهة ولو كان يقلّ أكلهما فى بعض البلاد لأن الأغلب أنهما قوت. وقوله ﴿ ولا إداماً ﴾ احتراز من العدس والدجرة اليابسة فى بعض

النواحى فإنهم يستعملونهما إداماً مستمراً. وقوله ﴿ ولا دواء ﴾ احتراز من المليلاج ونحوه فما جمع هـــذه القيود سمى فاكهة وما خرج عنها لم يسمّ فاكهة فلو حلف لا آكل الفاكهة فأكل عنباً أو رماناً أو قثاء أو خياراً أو بطيخاً أو مشمشاً وهو برقوق أهل اليمن أو خوخاً أو لوبيا وهى الشجرة الخضرا أو نحو ذلك فإنه يحنث بما أكل من ذلك .

﴿ والعشاء ﴾ بفتح العين اسم ﴿ لما يعتاد تعشيه ﴾ فلو حلف لاتعشى فإنه لايحنث إلا إذا أكل ما يعتاد تعشـــيه أو دونه أو ما يقوم مقامه وكان يجتزى به فى بعض الأحوال فلو أكل جنساً آخر غير معتاد لم يحنث . ﴿ والتعشى ﴾ اسم ﴿ لما ﴾ أكل من ﴿ بعد العصر إلى نصف الليل ﴾ ووقت الغداء من الفجر إلى الظهر ، ووقت السحور من نصف الليل إلى الفجر إلا أن يجرى عرف بخلافه اتبع ، فلو حلف لاتعشى لم يحنث إلا بالأكل من بعد العصر إلى نصف الليل لا لو أكل بعد ذلك أو قبله إلا أن يكون ثم عرف بخلافه اتبع أيضا .

﴿ وهذا الشىء لا جزاء المشار اليه على أى صفة كانت ﴾ فلو حلف لا آكل هذا التمر ولا آكل منه فأكل من خله أو دبسه حنث ، والدبس بكسر الدال أجود مايتخذ من عصير العنب وكذا لو حلف من هذا اللبن فأكل من لقطه وهو الرائب الذى استخرج ماؤه أوشيرازه أى زومه أوجبنه حنث لأن ذلك من أجزائه ولوتغيرت العين عن صفتها الأولى . فإن قال لا آكل التمر أو لا أشرب لبناً ولم يعين لم يحنث بالخل والدبس ولا بالزبد ونحوه لأن ذلك لا يسمى تمراً ولا لبناً وكذلك لو حلف لأكلم هذا الشاب أو هذا المتم أو زوج فلانة فكلمه وقد شاخ أو نزع العمامة أو طلق فإنه يحنث لا لو قال شاباً أو معتما أو زوجا لفلانة ، وهكذا لو حلف لالبس هذا الثوب فاتخذ منه سروالا فلبسه أو تعمم بقطعة منه فإنه يحنث لالو قال لا لبس ثوباً . قال الإمام عليه السلام : وقد جمعنا ذلك فى قولنا وهذا الشىء الخ .

﴿ إلا الدار فما بقيت ﴾ أى لو حلف من دخول هذه الدار لم يحنث بدخولها إلا مهما بقيت داراً أما لو ذهب سقف البيت وبقى الحيطان حنث بدخوله وإن خرب كله ثم عمر بآلته الأولى أو بغيرها ودخله لم يحنث أما لو سبله مسجداً من دون أن يهدمه بل بقى على عمارته ثم دخله فانه يحنث .

﴿ فإن التبس المعين المحلوف منه بغيره لم يحنث مابقى قدره ﴾ فلو حلف لا آكل هذه الرمانة المعينة فاختلطت بغيرها فأكلهن إلا واحدة لم يحنث لاحتمال أن تكون هى الباقية والأصل براءة الذمة مالم يغلب فى الظن أنه قد أكلها . ﴿ و ﴾ من حلف لا آكل ﴿ الحرام ﴾ كانت يمينه متناولة ﴿ لما يحل حال فعله ﴾ فإذا أكل من الميتة بقدر ما يسد رمقه وهو مضطر لم يحنث لأنها ليست حراما عليه فى تلك الحال ، وكذلك لو أكل مال نفسه وهو يظن أنه لغيره لم يحنث لأن العبرة بالانتهاء ، وأما لو أكل مال غيره وهو يظن أنه له فإنه يحنث ﴿ و ﴾ من حلف لا لبس ﴿ الحلى ﴾ كانت يمينه متناولة للذهب والفضة ونحوهما كالدرّ والزبرجد والياقوت وخاتم الذهب فيحنث بلبس أى ذلك ﴿ إلا خاتم الفضة ﴾ وموضعه الخنصر من اليمنى ويجوز فى خنصر اليسرى فإنه لا يسمى حلياً ﴿ ويعتبر حال الحالف ﴾ فإن كان من أهل البادية حنث بما يعمل من الزجاج والحجارة كالجزع وإن كان من أهل المدن لم يحنث بذلك ﴿ والسكون للبث مخصوص يعد به ساكناً ﴾ فلو حلف لأسكن داراً لم يحنث بمجرد الدخول مالم يدخل هو أو أهله بنية السكنى فإن كان فيها وحلف من سكناها لم يبر حتى يخرج أهله عنـــد أول أحوال الإمكان فلو تراخى حنث ويعفى له قدر ما ينقل متاعه .

﴿ و ﴾ من حلف من ﴿ دخول الدار ﴾ كانت يمينه متناولة ﴿ لتوارى حائطها ﴾ فيحنث لتوارى حائطها بكلية بدنه ﴿ ولو ﴾ دخلها غائصاً فى الماء أو ﴿ تسلقاً إلى سطحها ﴾ أو نازلا من طيارة على سطحها فإنه يحنث ﴿ ومنع اللبس والمساكنة

والخروج والدخول على الشخص والمفارقة بحسب مقتضى الحال ﴾ وقد حوى هذا الكلام خمس مسائل :

﴿ المسألة الأولى ﴾ منع اللبس : فمن حلف لابس ثوبه غيره حنث بلبس السارق والغاصب ، والآمر الغالب والمأذون ، فان نوى باختياره حنث بالمأذون لابالسارق

﴿ المسئلة الثانية ﴾ منع المساكنة : فمن حلف لا ساكن زيداً فى هذه الدار ولا نية له فميزها بحائط وبابين لم يحنث فإن نوى لاجمعتهما فإنه يحنث . قال الهادى عليه السلام ومن حلف لا ساكن أهله فى هذه الدار فدخلها ليلاً أو نهاراً أو أكل فيها وشرب وجامع وعمل ذلك مما يعمل الزائر لم يحنث وإن نام فيها بالليل أو بالنهار حنث . قال أهل المذهب يعنى نوماً لايفعله الزائر وهذا يختلف بقرب الزائر وبعده فإن جاء من بعد فهو لايسمى ساكنا وإن نام ليلة أو ليلتين فيتبع العرف .

﴿المسألة الثالثة﴾ منع الخروج : فمن حلف لا خرجت زوجته وقد أرادت الخروج فوقفت ثم خرجت بعد ساعة فإنه يحنث إن كان عادتها أنها لاتخرج فان كانت عادتها الخروج لم يحنث إلا إذا قصد أمراً بعينه ، فأما إذا حلف لاخرج ضيفه برّ بأكلهم الطعام المعتاد قال المنصور بالله ولا يحنث بإخراج بعضهم إلا لعرف أو قصد

﴿ المسئلة الرابعة ﴾ منع الدخول على الشخص: فلو حلف لادخل على زيد فدخل عليه المسجد أو السوق أو الحمام أو بيت الحالف لم يحنث إلا بالقصد والموافقة فإن دخل الحالف بيت زيد وهما سواء أو الحالف أعلى لم يحنث إلا بالموافقة ولو لم يقصده فان كان الحالف أدنى لم يحنث إلا بالقصد والموافقة كدخول السقّا بيت الأمير ، وعلى الجملة لابد من الموافقة فى جميع الصور .

﴿المسئلة الخامسة﴾ منع المفارقة : فلو حلف أن لايفارق غريمه حتى يأخذ منه حقه ففر الغريم أوقام هو لحاجته حنث وإن لم ينو المراصدة فان مات غريمه لم يحنث وانحلت يمينه.

﴿ فرع ﴾ ويعتبر فى حد المفارقة وعدمها بالعادة والعرف ويبر بقبض ما يعتاد

فى المعاملات من الدراهم المزيفة ردىء العين والزيون ردىء الجنس ونحوها لاىما يعتاد فيها من الحديد ونحوه والورق .

﴿ مسئلة ﴾ إذا حلف من عليه دين ليعطينّه فى يوم معين ثم غاب صاحب الدين فى ذلك اليوم لم يحنث لأنه قد مضى وقت القضاء وهو لا يمكنه البر ولا يبر بالتسليم إلى القاضى .

﴿ والوفاء يعم الحوالة والابراء ﴾ فمن حلف لايفارق غريمه حتى يوفيه حقه فأحاله أو أحيل به عليه أو ابرأه منه برّ ، وكذا إذا أخذ بحقه عرضاً وحصل لفظ القضاء والاقتضاء فان أخذ به ضميناً أو رهنا لم يبر ويحنث إذا فارقه بعد أخذ الضمين أو الرهن ﴿ ورأس الشهر ﴾ إذا علقه بشهر مستقبل فهو اسمٌ ﴿ لأول ليلة منه ﴾ ويومها للعرف فلو حلف ليأتينه رأس الشهر لم يبر إلا أن يأتيه من غروب شمس آخر يوم من الشهر الذى هو فيه إلى فجر تلك الليلة ويومها للعرف . ﴿ والشهر ﴾ اسم لجميعه ﴿ إلى آخر جزء منه ﴾ فمن حلف ليأتينه فى شهر رجب فإن أتاه قبل غروب شمس آخر يوم منه وإلا حنث ﴿ والعِشاء ﴾ بكسر العين ممتد من وقت المغرب ﴿ إلى ثلث الليل ﴾ فلو حلف ليأتينه وقت العشاء فأتاه تلك الليلة مابين غروب الشفق إلى ثلث الليل برّ وإلا حنث ﴿ إلا لعرف فى آخره ﴾ أى إلا أن يجرى عرف أن وقت العشاء يطلق على الليل كله فإنه يبر إذا أتاه قبل طلوع الفجر .

﴿ والظهر ﴾ ممتد من الزوال ﴿ إلى ﴾ أى مع ﴿ بقية تسع خمساً ﴾ أو ثلاثاً فى السفر فلو حلف ليأتينه وقت الظهر فأتاه فى بقية من النهار تسع خمس ركعات قبل الغروب بر وإلا حنث ، ويقال ما الفرق بين الظهر والعشاء حتى جعل وقت الظهر يطلق على الإختيارى والإضطرارى ووقت العشاء على الإختيارى فقط قال الامام عليه السلام: والجواب أن الفارق العرف فإن وقت الظهر عرفاً يطلق على إختياريه واضطراريه وما بعد ثلث الليل لايسمى وقتاً للعشاء عرفاً .

﴿ والكلام لماعدا الذكر المحض منه ﴾ أى من الكلام فمن حلف لا تكلم حنث بقراءته الكتب والشعر وصكوك البايعة ونحوها لا بقراءة وصلاة وتهليل وتكبير وتسبيح ولو خارج الصلاة ولو حلف لا كلم زيداً لم يحنث باشارة ولا بكتابةٍ ولا برسالة إليه وكذا إن كلمه ولم يسمع لبعد أو نوم لم يحنث ويحنث بالسلام عليه حيث سمع أو على قوم هو فيهم ولم يستثنه باللفظ أو النية ولو جهل كونه فيهم ﴿ والقراءة للتلفظ ﴾ أى ما كان المقصود فيه التلفظ والمعنى كالقُرآن لم يحنث بالتأمل وما كان المقصود التأمل والمعنى كالكتب والصكوك حنث بالتأمل وأما كتب الهداية فإن حلف لادرس فى الكتاب الفلانى حنث بالتأمل فيه إذ هو العرف فيه ، وإن حلف لاقرأ فيه لم يحنث بالتأمل فيه بل بالقراءة فان أمر من يقرؤه عليه لم يحنث كالأعمى وإن كان لا يقرأ حنث فلو سمع الغير يقرؤه ولم يأمره لم يحنث فإن حلف لاقرأ القرآن فقرأه بالفارسية أو لحن فيه لم يحنث إن كان عربياً ويحنث إن لحن جاهلا أو كان عرفاً له أو كان أعجميا .

﴿ والصوم ليوم والصلاة لركعتين والحج للوقوف ﴾ فلو حلف ليصومنّ أو ليصلين أو ليحجّن لم يبر إلا بصوم يوم لادونه وصلاة ركعتين لادونهما ولا يبر بأعمال الحج حتى يقف ﴿ وتركها لترك الاحرام بها ﴾ فلو حلف لاصام ولا صلى ولا حج فانه يحنث فى الصوم بطلوع الفجر ممسكا بالنية وفى الصلاة بتكبيرة الاحرام بالنية وفى الحج بعقد الاحرام . فان قال لاصليت صلاة لم يحنث حتى يسلم على ركعتين أو أكثر لا أقل .

﴿ مسئلة ﴾ يقال فى تعليق اليمين بالنكاح والصلاة والصوم والحج والعمرة والزكاة والكفارة لا يحنث إلا بالصحيح منها دون الفاسد إلا فى النكاح فيحنث بالفاسد إذا جرى به عرف .

﴿ والمشى ﴾ والوصول والوقوع والحصول والسير ﴿ إلى ناحية ﴾ كذا ، لو حلف

كان ذلك ﴿ لوصولها ﴾ لا لابتداء الخروج والسير إلى بعض الطريق ولم يصل فانه لا يبر ولا يحنث بذلك . ﴿ و ﴾ أما ﴿ الخروج والذهاب ﴾ إليها لو حلف بذلك فإنه يكون ﴿ للابتداء ﴾ وهو ابتداء الخروج ﴿ بنيته ﴾ أى بنية الوصول إليها فإذا ابتدأ الخروج بنية الوصول إليها برّ بذلك وإن لم يصلها ما لم يكن عازماً على الوصول أو فعل الابتداء حيلة فلا بد من الوصول .

﴿ و ﴾ من قال لامرأته والله لا خرجت ﴿ إلا بإذنى ﴾ كان ذلك ﴿ للتكرار ﴾ فإذا لم تكرر الاستئذان فى كل خروج حنث والحيلة فى حصول الإذن أن يقول كلما أردت الخروج فقد أذنت لك فإنه لا يحنث ، فأما لو قال إلا أن آذن لك فإنها لا تقتضى التكرار وتنحل اليمين بحنث مرة ﴿ وليس ﴾ الإذن مشتقاً ﴿ من الايذان ﴾ الذى هو الإعلام وإنما هو بمعنى الرضا فلو رضى بقلبه ولم ينطق بالإذن وخرجت لم يحنث ، هذا هو الذى صحح للمذهب ، وكذا إذا قال إلا برضائى أو نحوه إنه لو رضى ولم تعلم لم يحنث ، وكذا إذا علمت بالإذن ثم نسيت لم يحنث ﴿ والدرهم ﴾ إسم ﴿ لما يتعامل به من الفضة ولو ﴾ كان ﴿ زائفاً ﴾ أى ردىء الجنس فلو حلف ليعطين فلاناً عشرة دراهم فأعطاه دراهم رديئة الجنس فإنه لا يحنث إذا كان يتعامل بها فى ناحية انعقاد اليمين ولو كان لا يتعامل بها فى غيرها . . ﴿ ورطل من كذا لقدره منه ﴾ فلو حلف لا برح حتى يشترى رطلا سكراً فاشتراه برّ ﴿ ولو ﴾ اشتراه ﴿ مشاعاً ﴾ من جملة ولو لم يقبض أو قبض فيه قَدْدًا برّ قسمه إلا أن يمينه بالشراء فيحنث .

﴿٣٢٧﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ ويحنث المطلق ﴾ فيها وهو حيث لم يذكر اليوم ولا غيره ﴿ بتعذر الفعل بعد إمكانه ﴾ فلو حلف ليفعلن كذا فتراخى حتى تعذر عليه الفعل بعد إمكانه نحو أن يحلف ليقتلن زيداً أو ليشربن الماء الذى فى هذا الكوز فيموت زيد بعد أن تمكن

من قتله وبهراق الماء جميعه أو بعضه بعد أن تمكن من شربه فإنه يحنث بذلك ، ﴿أو الوقت﴾ لفظاً أو نية أو عرفاً فى يمينه للفعل بوقت يحنث ﴿ بخروج آخره متمكناً من البر والحنث ولم يبر ﴾ فإذا حلف ليشربن الماء غدا فمضى الغد وهو متمكن من البر والحنث بأن يكون الماء باقياً جميعه ولا مانع له منه فانه يحنث بمضى الوقت فأما لو أهريق الماء أو بعضه قبل مضى الغد بسبب منه ولم يكن قد تقدم منه عزم على الترك لم يحنث لأنه حضر آخر الوقت وهو غير متمكن من برّ ولاحنث وأما لو كان الوقت الذى بقى يسيراً لا يمكن البرّ فيه فحكمه حكم خروج الوقت أى فيحنث .

﴿ والحالف من الجنس ﴾ يحنث ﴿ ببعضه ولو ﴾ كان المحلوف منه ﴿ منحصرا ﴾ فلو حلف لا كلم الناس أو لاشرب الماء أواللبن فهذا قد حلف من جنس غير منحصر وإن حلف لا لبس ثيابه أو لا وطىء جواريه أو لا لبست زوجته الخلخالين فهذا قد حلف من جنس منحصر ، وهو فى الطرفين أعنى فى المنحصر وغير المنحصر يحنث ببعض ذلك الجنس ولو متفرقاً فلو كلم واحدا من الناس أو لبس ثوباً من ثيابه حنث ما لم ينو الجميع .

﴿ فرع ﴾ فلو حلف لا لبس ثيابا ولا وطىء جوارى حنث بأقل الجمع وهو ثلاثة ﴿ إلا ﴾ أن يكون ذلك الجنس محصورا ﴿ فى عدد منصوص ﴾ كالثلاثة والعشرة فإنه لا يحنث بالبعض بل بالجميع إلا أن يشير إليها حنث بالبعض كما تقدم . مثال ذلك أن يحلف لا لبس أو ليلبس عشرة ثياب أو نحو ذلك فإنه لايحنث ولا يبرّ إلابالعشرة مجتمعة أو متفرقة حسب نيته لا دون العشرة . قال الإمام عليه السلام : وإنما قلنا منصوص احترازا من أن يفيد العدد من غير لفظ للعدد نحو أن يحلف لا لبست امرأته الخلخالين فانه يحنث بلبسها أحدها وإن كانت التثنية تفيد العدد لما لم يكن ثم عدد مخصوص نحو ثلاثة وأربعة . ﴿ وما لا يسمى كله ببعضه ﴾ لم يحنث إلا بجميعه ﴿ كالرغيف ﴾ غير المعين فلو حلف لا أكل رغيفاً فأكل بعضه لم يحنث لأنه لايسمى

رغيفاً وكذا لو حلف لا آكل رمانة غير تمينة ﴿ وإلا مثبت المنحصر والمحلوف عليه والمعطوف بالواو فبمجموعه ﴾ فلوحلف ليلبسن ثيابه أوليطأن جواريه لم يبر إلا بمجموع الثياب والجوارى وهذا هو مثبت المنحصر ، ولو حلف على جماعة لا فعلوا كذا نحو أن يقول لنسائه والله لا دخلتن الدار لم يحنث إلا بدخول مجموعهن ، وهذا هو المحلوف عليه ولو حلف ليفعلن كذا وكذا أو لأفعل كذا وكذا لم يبر في الإثبات إلا بالمجموع ولا يحنث في النفي إلا به ، وهذا هو المعطوف بالواو فهذه الصور كلها مستثناة وهي خمس: المحلوف منه وله عدد مخصوص، ومالا يسمى كله ببعضه، ومثبت المنحصر، والمحلوف عليه، والمعطوف بالواو فإنه لا يحنث في هذه كلها إلا بالمجموع إلا أن تكون له نية أو عرف أو تعيين ﴿ لا ﴾ لو عطف بالواو ﴿ مع لا ﴾ نحو أن يقول : والله لا أكلت ولا شربت ولا ركبت ﴿ أو ﴾ كان العطف ﴿ بأو ﴾ نحو والله لا أكلت أو شربت أو ركبت ﴿ فبواحد ﴾ أي يحنث بأحدها .

﴿ و ﴾ من أحكام اليمين أنها ﴿ تنحل ويصح الاستثناء ﴾ من المحلوف منه أوعليه كما مرّ في كتاب الطلاق آخر فصل « ١٩٦ » أبسط من هنا من كونه ﴿ متصلا غير مستغرق ﴾ للمستثنى منه فإن كان مستغرقاً بطل الاستثناء وبقى المستثنى منه ثابتاً . وفي حكم المستغرق وكل عبد لي حرّ إلا هذا ولا عبد له سواه وكل زوجة لي طالقة إلا هذه ولا زوجة له سواها . ﴿ و ﴾ يصح أن يستثنى ﴿ بالنية ديناً فقط وان لم يلفظ بعموم المخصوص ﴾ أي سواء لفظ بالعموم نحو لا آكل الطعام ونوى البرّ فالبرّ مخصوص والعموم الطعام، أو لا كلم الناس ونوى إلا عمراً أو لم يلفظ بعموم نحو أن يحلف لا كلم زيداً أو لا آكل ونوى مدة الزمان ، فأنواع الكلام ومدة الزمان غير ملفوظ بعمومها فيصح الاستثناء منهما بالنية ديناً فقط يعني أن الاستثناء بالنية إنما يؤثر بين الحالف وبين الله تعالى لا في ظاهر الحكم لكنه في القسم بالله يقبل قوله لا في الطلاق والعتاق مع منازعة الزوجة والعبد ﴿ الا ﴾ أن يكون الاستثناء

﴿من عدد منصوص﴾ معين فى النفى فإنه لا يصح الاستثناء بالنية نحو أن يحلف لا أكل هذه العشر رمانات أو نحو ذلك وينوى بقلبه إلا واحدة فإن النية لا تكفى هنا بل لا بد من اللفظ وإلا لم يصح الاستثناء ، وأما فى الإثبات فلا فرق بين العدد المعين وغير المعين فلا يبرّ إلا بالجميع حيث لم يستثن وبالبعض الباقى مع الاستثناء من غير فرق بين التعيين وعدمه .

﴿ ولا تكرر الكفارة بتكرر اليمين ﴾ نحو والله لا كلمت زيداً والله لا كلمت زيدا فكلمه لم يلزمه إلا كفارة واحدة ولو نوى بالثانية غير الأولى سواء تكررت اليمين فى مجلس أو مجالس ﴿ أو ﴾ كرر لفظ ﴿ القسم ﴾ يعنى المقسم به وحده فقال والله والله والله لا كلمت زيدا فكلمه فالكفارة واحدة ولو اختلف لفظ المقسم به نحو قوله والله والرحمن لا فعلت كذا .

« نعم » وإنما تكون الكفارة واحدة مع تكرر اليمين ﴿ ما لم يتعدد الجزاء ﴾ مع تخلل الحنث فإذا تعدد الجزاء وتخلل الحنث نحو والله لا كلمت زيدا والله لا كلمت عمرا فإن الكفارة تكرر إذا كلمهما مع تكرر اليمين لا مع تكرر لفظ القسم به فقط . فالكفارة واحدة ولو تعدد الجزاء حيث لم يتخلل الحنث نحو والله والله والله ما كلمت زيدا ولا عمرا ولا خالدا فكفارة واحدة ولو تعدد الجزاء بهذه الصورة ﴿ ولو ﴾ كان الحالف ﴿ مخاطبا بنحو لا كلمتك ﴾ فلو قال والله لا كلمتك ثم قال والله لا كلمتك فإنه لا يحنث بتكرر اليمين ولو كانت كلاما لكونها تكريرا لليمين .

﴿فرع﴾ ومن قال والله لا كلمتك يوما والله لا كلمتك يومين والله لا كلمتك ثلاثة أيام فهى يمين واحدة على ثلاثة أيام لأن الأقل يدخل فى الأكثر فإذا حنث فى أحدها لزمه كفارة واحدة وانحلت يمينه وتدخل الليالى فى الأيام ما لم يستثنها .

﴿ فرع ﴾ فلو حلف لا كلم رجلا عالماً ولا طويلا ولا معمماً فكلم رجلا جامعا لهذه الصفات حنث ولزمه كفارة واحدة إلا مع تكرار القسم فتتعدد الكفارة .

«٣٢٨» ﴿فصل﴾

فى اليمين المركبة وما يتعلق بها . ﴿و﴾ اعلم أن اليمين ﴿المركبة﴾ وهى ما تكرر ذكرها وتركيبها ﴿من شرط وجزاء﴾ يختلف حكمها ﴿إن تضمنت حثا﴾ نحو أن يقول : امرأته كذا ليفعلن كذا ﴿أو منعاً﴾ نحو امرأته كذا لا أفعل كذا ﴿أو تصديقا﴾ نحو إن لم تكن فعلت كذا فامرأتى كذا ﴿أو براءة﴾ نحو امرأته كذا ما فعل كذا ﴿فيمين مطلقا﴾ أى سواء تقدم الشرط أم تأخر ، فلو تضمنت منع الغير أو حثه فالمختار للمذهب أن اليمين تنعقد على الغير فتكون يميناً كما تقدم آخر فصل « ٣٢٤ » . ﴿وا﴾ن ﴿لا﴾ تتضمن حثاً ولا منعاً ولا تصديقاً ولا براءة ﴿فحيث يتقدم الشرط﴾ على الجزاء تكون يمينا عندنا نحو إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ﴿لاغير﴾ ذلك يعنى لا إذا تقدم الجزاء فانها لا تكون يميناً نحو أنت طالق إذا جاء رأس الشهر .

﴿و﴾ اليمين المركبة ﴿لا لغو فيها﴾ أى لا يدخلها اللغو كما يدخلها القسم مثال ذلك أن يحلف بطلاق امرأته أو عتق عبده مافى منزله طعام وهو يظن عدمه فانكشف فيه طعام فإنه يقع الطلاق والعتق ولو بأقل ما يطحن عادة وينتفع به ﴿وإذا تعلقت﴾ المركبة ﴿أو القسم بالدخول ونحوه فعلاً أو تركاً فللاستئناف لا لما فى الحال﴾ فلو قال لامرأته إذا دخلت هذه الدار فانت طالق وهى فيها فأقامت فيها لم يحنث فاذا خرجت ودخلت حنث هـذا حيث علقها بالدخول فعلاً وأما حيث علقها به تركاً فمثاله إن لم تدخلى الدار فأنت طالق فإنها إذا كانت فى الدار حال الحلف لم يكف ذلك فى بر يمينه بل لا بد أن تخرج وتدخل فان لم تدخل فأنه يحنث قبيل الموت وذلك حال النزاع لأنه قد تعذر الدخول أو بموت أحدهما لأن إن لم للتراخى .. ونحو الدخول الخروج والأكل والشرب فإن حكمهما حكم الدخول فى أن الاستمرار عليها ليس كالابتداء والاستمرار على الأكل أن يبتلع ما فى فيه ولو ابتدأ المضغ، والاستمرار على الشرب

لما فى الفم فقط والمراد أنه يعفى عما فى الفم من المأكول والمشروب بعد اليمين وما عدا ذلك استئناف ﴿ لا السكون ونحوه فللاستمرار بحسب الحال ﴾ فلو قال لامرأته أنت طالق إن سكنت هذه الدار ونحوه إن ركبت هذه الدابة أو لبست هذا الثوب أو إن قعدت أو إن قمت فإنها إذا كانت حال الحلف ساكنة أو راكبة أو لابسة أو قاعدة أو قائمة واستمرت على تلك الحال طلقت لا إن خرجت فى الحال وتنحت عن الدابة ونزعت الثوب وقامت من القعود وقعدت من القيام وتأهبت وفعلت ذلك فإنه لا يحنث ويبقى لها فى الخروج من الدار قدر ما تنقل متاعها .

﴿ ومن حلف لاطلق لم يحنث بفعل شرط ماتقدم إيقاعه ﴾ فلو قال رجل لامرأته إن دخلت الدار فأنت طالق ثم حلف يمينا لا طلق امرأته ثم انها دخلت الدار فطلقت بالطلاق المتقدم على اليمين فإنه لايحنث بوقوع هذا الطلاق الذى تقدم إيقاعه على اليمين فأما لو قدم اليمين على الشرط فدخلت طلقت المرأة وحنث الزوج

﴿٣٢٩﴾ باب والكفارة

هذا الباب وضع لكفارة اليمين المعقودة وهى ما تقدم ذكرها : ﴿ تجب من رأس المال على من حنث فى الصحة ﴾ وإنما وجبت من رأس المال لأنها مالية تجب من رأسه والا حيث يحنث فى الصحة بل فى المرض أو ما فى حكمه وهو المبارز والحامل فى السابع وفشو الطاعون فى البلد ونحو ذلك « فمن الثلث » إذا كان من حلف وحنث ﴿ مسلماً ﴾ فأما لو ارتد سقطت الكفارة سواء بقى على ردته أم أسلم ولو كان الحنث بعد الاسلام لأن اليمين تنحل بالردة فلا يحتاج إلى الحنث . ﴿ ولا يجزى التعجيل ﴾ بالتكفير « قبل الحنث » إذ هو سببها .

﴿ وهى ﴾ أى الكفارة أحد الثلاثة الأنواع التى ذكرها الله تعالى ﴿الأول﴾ ﴿ إما عتق ﴾ « رقبة » وللمجزى منها شرطان « الأول » أن ﴿ يتناول ﴾ العتق

﴿ كل الرقبة ﴾ فلو لم يتناول إلا بعضها كالعبد الموقوف بعضه لم يجز . « الثانى » أن يكون ﴿ بلا سعى ﴾ يلزم العبد . فأما لو كان عبداً بين شريكين فأعتق أحدهما كله عن كفارته وهو معسر بدون إذن شريكه لم يجز لأنه لايلزم العبد السعى بنصف قيمته للشريك فإن كان المعتق موسراً وأعتق بإذن شريكه أجزأه عن كفارته سواء أعتق الكل أو نصيبه قاصداً لعتق الكل بلفظ أو نية . لأن العبد لايسعى عن موسر ولا عن معسر أذن له شريكه لسقوط حقه من السعاية بالاذن . ﴿ ويجزى ﴾ إعتاق ﴿ كل مملوك ﴾ سواء كان فاسقاً أم مدبراً أم مكاتبا أم قاتلا أم مترديا من شاهق أم مدنفا ، صغيرا أم كبيراً ولو من زنا أو مؤوفا بنحو عرج أو خرس أو شلل أو جنون أو جذام أو غير ذلك فان ذلك كله يجزى فى كفارة اليمين ﴿ إلا ﴾ أربعة فلا يجزى اعتاقهم وهم ﴿ الحمل ﴾ إلا أن يقول إن ولدت حيا فهو حرٌّ عن كفارتى فإن ولدت اثنين لزمه تعيين أحدهما ﴿ والكافر ﴾ لأنه لا قربة فى عتقه ﴿ وأم الولد ﴾ لاستحقاقها العتق . ﴿ ومكاتبا ﴾ صحيحا ﴿ كره الفسخ ﴾ فلا يجزى إعتاقه ﴿ فإن رضيه ﴾ أى رضى فسخ الكتابة الصحيحة لا الفاسدة فلا يعتبر رضاه أجزأه العتق بعد فسخ الكتابة و ﴿ استرجع ماقد سلم ﴾ من مال الكتابة إلى سيده ﴿ من بيت المال ﴾ لأنه إذا كان من كسبه ملكه السيد بفسخ الكتابة وأما إذا كان من بيت المال لم يملكه لأنه إنما استحقه بعوض عن عقد الكتابة فإذا انفسخ العقد بطل ذلك الاستحقاق .

﴿ النوع الثانى ﴾ قوله ﴿ أو كسوة عشرة مساكين مصرفا للزكاة ﴾ فلا يكفى كونهم مساكين بل لا بد مع ذلك من أن يكونوا مصرفاً للزكاة فلا تجزىء فى مساكين الهاشميين ولا فى فساق المساكين أيضا . « نعم » ومن حق الكسوة المعتبرة فى الكفارة أن تكون ﴿ ما يعم البدن ﴾ من الرقبة إلى الساق ﴿ أو أكثره الى الجديد أقرب ﴾ فلا تكون بينهما ولا يلزم أن تكون جديدة ولا بد أن تكون

إما ﴿ ثوباً أو قميصاً ﴾ وللفقير أن يبيعه وينتفع به كيف شاء ولو شرط عليه الدافع لباسه ولا يضر كونه رقيقاً لم تجز فيـه الصلاة ولا كونه حريراً إذا كان المسكين يجوز له لبسه كالمرأة والمجاهد والعادم ولا تجزى عمامة ما لم تصلح أن تكون ثوباً أو قميصاً ولا سروال وحده ولا الفرو وحده ولا الشعر والوبر إلا فى حق من يعتادها ولا الحصير ونحوها مما يفترش إلا أن يجعل أى ذلك قيمة أجزأه .

﴿ النوع الثالث ﴾ قوله ﴿ أو إطعامهم ﴾ أى إطعام عشرة مساكين أو فقراء ولو عبيداً ويشترط اعلامهم انها كفارة ليشبعوا إلا أن يعلم أنهم يشبعون من غير اعلامهم فلا يشترط ، أما لو أعطاهم الخبز على جهة التمليك كان كإخراج القيمة ، ﴿ و ﴾ يجزى إطعامهم ﴿ ولو ﴾ كانوا ﴿ متفرقين ﴾ وسواء أطعم كل يوم مسكيناً أو كل أسبوع أو كل شهر لكن الجمع أفضل .

« نعم » والإطعام هو أن يطعم كل واحد منهم ﴿ عوتين ﴾ أى وجبتين غداءين أو عشاءين أو غداء وعشاء أو عشاء وسحوراً ﴿ بإدام ﴾ حتما حيث أطعم على وجـه الإباحة ، وأعلى الإدام اللحم أو مرقه وأوسطه الزيت وأدناه الملح حيث جرى به العرف ، وأما إذا أخرج الطعام تمليكا فلا يشترط الإدام . قال الفقيه يوسف : وحيث يجب الإدام لا تبطل الـكفارة بتركه بل يخرج مقدار قيمة الإدام إلى القابض ويجزى ذلك ، ﴿ ولو ﴾ كانت الوجبتان ﴿ متفرقتين ﴾ اجزأه ذلك إذا كان الآكل واحداً فإن أطعم شخصاً وجبة وآخر وجبة لم يجز ﴿ فإن فاتوا بعد ﴾ الوجبة ﴿ الأولى ﴾ بموت أوغيبة وإن قلت بحيث لايتمكن معها من إطعامهم الوجبة الأخرى ﴿استأنف﴾ الوجبتين ولا يعتد بتلك التى فات أهلها ﴿ و ﴾ إذا أكل المساكين أو أحدهم وجبة وامتنع من أكل الوجبة الأخرى وجب أن ﴿ يضمن الممتنع ﴾ الوجبة التى أكلها ﴿ أو ﴾ لم يكن الإطعام على وجه الإباحة أجزأه ﴿ تمليك كل منهم صاعاً ﴾ وقدره نصف ثمن قدح صنعانى يأتى مجموع الـكفارة فى وقتنا خمسة أثمان قدح ويجوز تفريق

الصاع فى التمليك إذا كان إلى فقير واحد ، ويكون ذلك الصاع ﴿ من أى حبّ ﴾ كان . قال فى الفتح : « من أى قوت يقتات فى العادة غالباً » يعنى فى غالب الأحوال لا نادراً سواء كان الغالب من ذرة أو شعير ﴿ أو ﴾ من أى ﴿ تمر ﴾ فى الناحية ﴿ يقتاته ﴾ كالتمر والزبيب وليس من شرط الكفارة أن تكون من جنس واحد بل يجوز من أجناس مختلفة ﴿ أو نصفه برا أو دقيقا ﴾ فان البر يختص من بين الحبوب بأنه يجزى منه نصف صاع وكذا دقيق البرّ ولا يجزى من غيره إلا صاع .

﴿ و ﴾ يجوز دفع الكفارة كسوة أو طعاما تمليكا أو إباحة ﴿ للصغير كالكبير فيهما ﴾ أى فى الكسوة والإطعام فإذا كسى صغيرا أو مقعدا كساه أكثر ما يستر بدن الكبير ﴿ و ﴾ إذا أطعم الصغير على وجه الإباحة فانه ﴿ يقسط عليه ﴾ ذلك حتى يفرغه وحكم الضعيف حكم الصغير . وأما المريض فتعتبر نفقته فى حال الصحة .

﴿ ولا يعتبر إذن الولى إلا فى التمليك ﴾ فاذا أطعم الصغير على وجه الإباحة لم يحتج إلى إذن الولى وان ملكه كسوة أو طعاما كان ذلك إلى الولى ﴿ ويصح الترديد ﴾ يعنى دفعها لا أنه ترديد حقيقة والمراد فيما دون النصاب فقط فأما قدر النصاب فلا يجوز فى الواجبات كلها إلا فى المظالم ونحوها اذا صرفت إلى من فيه مصلحة المسلمين فيجوز مع الغنى ولو كثر ﴿ فى العشرة ﴾ وهو أن يصرف إليهم كفارات متعددة ﴿ مطلقا ﴾ أى سواء اختلفت أسبابها أم اتفقت وسواء كان المخرج جنسا أو جنسين نحو كسوة وإطعام ، وسواء وجد العشرة من المساكين أم لا لكن يكره الترديد فيهم إذا وجد غيرهم من المساكين فان لم يوجد لم يكره . هذا هو الصحيح للمذهب ﴿ لا دونهم ﴾ فلا يصح صرف كفارة اليمين فى أقل من عشرة بل ينتظر بالباقى فقط إلى أن يكمل العشرة ﴿و﴾ يجزى ﴿إطعام بعض﴾ من العشرة على وجه الاباحة ﴿ وتمليك بعض كالمو نتين ﴾ ويصح أن يجعل إحدى الوجبتين إباحة والأخرى تمليكا. ﴿لا الكسوة والإطعام ﴾ فلا يجوز أن يخرج بعض الكفارة كسوة وبعضها طعاما ﴿ إلا أن ﴾

يوفى أحد الجنسين أو ﴿ يجعل أحدهما قيمة تتمة الأخرى ﴾ فحينئذ يجوز ﴿ فالقيمة تجزئ عنهما فى الأصح ﴾ فلو أخرج قيمة الطعام إلى الفقراء ، وقيمة الكسوة أجزأ ذلك ﴿ إلا ﴾ أن يخرج ﴿ دون المنصوص عن غيره ﴾ فإنه لا يجزيه نحو أن يخرج دون صاع مما قد نص الرسول صلى الله عليه وآله وسلم على أن الواجب منه قدر صاع كالتمر فإنه لا يجوز إخراج دون صاع من تمر جيد عن صاع ردىء من تمر أو إطعام ، ولكن يجوز نصف صاع من الأرز عوضا عن صاع من شعير لكونه لم يرد النص فى الأرز .

﴿ مسئلة ﴾ إذا اختلف مذهب الصارف والمصروف اليه فالعبرة بمذهب الصارف هنا وفى الزكاة ونحوهما .

﴿ ومن ﴾ تعذر عليه العتق والكسوة والإطعام اما لفقر بحيث ﴿ لا يملك إلا ما استثنى ﴾ له وهو المنزل ومايستر عورته من الكسوة المعتادة . فمن وجد رقبة كاملة يعتقها أو كسوة العشرة أو إطعامهم لزمه الإخراج فإن وجد من ذلك دون ما يكفى فى الكفارة كأن يجد تسعة أصواع أو تسعة أثواب فهو كالعادم ينتقل إلى الصوم ولا يلزمه بيع ذلك ولو كانت قيمته توفى بما يجزئ من غير ذلك كما لو باع الثياب التسعة أو بعضها ليشترى بذلك عشرة أصواع فإنه لا يلزمه البيع لذلك مهما كان الموجود من جنس ما يكفر به وهو لا يقوم ، وأما لو كان الموجود معه من جنس غير مايكفر به كسيف أو نحوه وقيمته تأتى من الطعام أو الكسوة ما يوفى الكفارة فإنه يلزمه البيع والتكفير ﴿ أو ﴾ لبعد ماله بحيث يكون ﴿ بينه وبين ماله مسافة ثلاثة ﴾ أيام ﴿ أو كان عبدا ﴾ إذ لايملك شيئا فمن كان كذلك ﴿ صام ثلاثا متوالية ﴾ فلو فرقها استأنف كما تقدم فى الظهار أوائل فصل ١٨٣ ، فإن أطعم السيد عن عبده أو كسى أو أعتق لم يجز .

﴿ فان ﴾ كفر الفقير أوالعبد بالصوم ثم ﴿ وجد ﴾ الفقير مالا ﴿ أو أعتق ﴾ العبد

﴿ ووجد خلالها ﴾ أى قبل الفراغ من الصوم ﴿ استأنف ﴾ الكفارة بالمال ﴿ ومن وجد لإحدى كفارتين قدم لغير الصوم﴾ أى فانه يبدأ بإخراج المال ثم يصوم للكفارة الأخرى فان قدم الصوم لم يجزه .

﴿٣٣٠﴾ باب النذر

النذر له معنيان لغة واصطلاحا : أما فى اللغة فهو الإيجاب يعنى إلزام النفس أمرا وأما فى الشرع فهو أن يوجب الإنسان على نفسه أمرا من الأمور بالقول فعلا أو تركا لم يلزمه به الشارع .

فصل

فى شروطه : اعلم أن شروط النذر على أربعة أضرب : ضرب يرجع الى الناذر ، وضرب يرجع إلى المال ، وضرب يرجع الى المصرف ، وضرب يرجع إلى الفعل ولا كفارة عليه . أما الذى يرجع إلى الناذر فأربعة قد فصلها الإمام عليه السلام بقوله ﴿ يشترط فى لزومه ﴾ أربعة :

﴿ الأول ﴾ ﴿ التكليف ﴾ فلا يصح النذر من الصبى والمجنون ، ويصح من السكران ولو غير مميز ، وكذا من العبد بمال أو صوم أو صلاة فيكون ذلك كله فى ذمته .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ ﴿ الاختيار حال اللفظ ﴾ فلايصح نذر المكره إلا أن ينويه .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ استمرار الإسلام إلى الحنث ﴾ فلو ارتد بين النذر والحنث انحل النذر وكذا بعد الحنث فيما كان لله تعالى .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ لفظه ﴾ فلا يصح بالنية وحدها ويصح من الأخرس بالإشارة

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان من قال علىّ ثم سكت ثم قال نذر ثم سكت ثم قال

كذا فإن كان سكوته يسيراً قدر ما يعني للمستثني[1] صح نذره ، وان كان أكثر لم يصح نذره .

ولفظ النذر لا بد أن يكون ﴿ صريحا كأوجبت أو تصدقت أو علىّ أو مالى كذا أو نحوها ﴾ كألزمت وفرضت ونذرت وعلىّ نذر أو علىّ لله كذا أو جعلت على نفسى أو جعلت هذه للأمير ، أو نعم فى جواب ان حصل لك كذا فالك كذا هذه كلها صرائح فى النذر لا تفتقر الى النية ﴿ أو كناية ﴾ فيعتبر فيه قصد المعنى وهى على ثلاثة أوجه :

﴿ الأول ﴾ قوله ﴿ كالعدة ﴾ ولها صورتان مطلقة ومقيدة فالمطلقة نحو أن يقول أتصدق بكذا بلفظ المستقبل أو أحج أو أصوم ، والمقيدة صورتها أن يقول عند أن يحصل كذا أتصدق بكذا أو أصوم كذا .

﴿ و ﴾ ﴿ الوجه الثانى ﴾ ﴿ الكتابة ﴾ فإنه إذا كتب لفظا صريحا من ألفاظ النذر أو كناية كما تقدم فى الأيمان كان كناية ان قارنته نية انعقد وإلا فلا .

﴿ و ﴾ ﴿ الوجه الثالث ﴾ ﴿ الشرط ﴾ إذا كان ﴿ غير مقترن بصريح نافذ ﴾ مثاله أن يقول إن شفى الله مريضى أتصدق أو فقد صمت كذا أو حججت أو صليت يوم كذا فإن هذا كناية فإن نوى به النذر كان نذرا وإلا فلا ، وأما إذا اقترن بصريح نافذ فإنه يكون صريحاً مثاله أن يقول إن شفى الله مريضى فعلىّ كذا .

﴿ و ﴾ أما الضرب الذى يشرط ﴿ فى المال ﴾ المنذور به فشرطان :

﴿ أحدهما ﴾ فى المصرف وهو ﴿ كونه مصرفه قربة ﴾ كالوقف ولو لم يتملك كالمساجد والمناهل والطرقات والمصحات ومعاهد العلم ونحوها وملاجئ الحيوانات لقصد اطعامها ونحوه فالقربة فيها ظاهرة فيصح النذر على ذلك ونحوه فإن كان لا قربة فيه كالنذر على دار زيد ونحوها فلا يصح لعدم القربة ﴿ أو ﴾ كان المصرف ﴿ مباحا

(١) وقد تقدم بيانه فى أثناء فصل ١٦٩ فى كتاب الطلاق فى شرح قوله (ويتقيد بالاستثناء متصلا) اه

يتملك ﴾ سواء كان فيه قربة على زيد الزاهد وعلى العلماء والفقراء ونحوهم أو لا قربة فيه ولا معصية اذا كان ممن يصح تملكه كالنذر على الغنى المعين لا على الأغنياء عموماً وكذا على الفاسق والذمى اذا كانا معينين كما تقدم فى مصرف الوقف فإنه يصح . وأما لو كان المصرف محظورا كالنذر على عبدة الأوثان أو على الفساق أو كان مما لا يصح تملكه كالنذر على دابة زيد أو على حمام مكة أو سائر الحيوانات لأنه تمليك وهى لا تملك فإنه لا يصح حيث أطلق النذر عليها ، وأما حيث يقصد بالنذر عليها أنها تطعم منه فذلك قربة فيصح فإن ماتت أو فقدت فلبيت المال .

﴿ فرع ﴾ وقد دخل فى ذلك النذر على الأموات فإن قصد به تمليك الميت فالنذر باطل وإن قصد به فيما يحتاج اليه ضريحه أو من يخدمه أو من يقيم عنده أو نحو ذلك فيكون لذلك الأمر . وكذا اذا اطرد العرف على شىء من ذلك حمل عليه وإلا فالظاهر تمليك المدفوع له ولا سيما اذا كان من خدام الضريح .

﴿ و ﴾ اختلف فى لزوم الوفاء بالنذر وفى كونه ينفذ من رأس المال أو من الثلث أما لزوم الوفاء به فعند القاسم وأحمد بن يحيى والحنفية وأخير قولى الأخوين أنه يلزم الوفاء به ولا تجزى الكفارة وهو المختار للمذهب وأما نفوذه فـ ﴿ بأنه ينفذ ﴾ النذر ﴿ من الثلث ﴾ أى من نذر بماله كله صح منه ثلثه سواء كان فى الصحة أو فى المرض نافذاً أو خارجاً مخرج الوصية ﴿ مطلقاً ﴾ أ ﴿ و مقيداً ﴾ أى مشروطا بشرط ﴿ يميناً ﴾ أى مخرجاً مخرج اليمين ﴿ أولا ﴾ هـذا هو الأصح من قولى الإمام القاسم والهادى ، والمقرر للمذهب أنه من الثلث لـكنه إذا نذر بماله فى الصحة مراراً أخرج ثلث ماله للنذر الأول ثم ثلث الثلين للثانى ثم ثلث الباقى للثالث ثم كذلك حتى لا يبقى ماله قيمة هـذا إذا كان فى الصحة لا فى المرض فالثلث فقط حيث كان المنذور به معيناً أى موجوداً فى ملك الناذر ، أما لو كان غير معين بل إلى الذمة فإنه يلزمه الوفاء به جميعه سواء كان فى الصحة أو فى المرض .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان من نذر بماله نذراً مشروطا فلا يدخل فى النذر إلا ما كان يملكه حال النذر ويستمر على ملكه إلى وقت حصول الشرط ، وأما ماملكه من بعد النذر وقبل الحنث فلا يدخل .

﴿ فرع ﴾ ومن حلف بماله أنه لا يفعل كذا وكان ماله فى وقت حنثه زائداً فالعبرة بالأقل كالوصية .

﴿ والشرط الثانى ﴾ أن يكون المال المنذور به ﴿ مملوكا ﴾ أو حقًا للناذر ﴿ فى الحال ﴾ « غالبا » احترازاً من أن ينذر بشىء فى ذمته فإنه يصح وإن لم يكن مملوكاً فى الحال ﴿ أو ﴾ يكون ﴿ سببه ﴾ مملوكاً له وذلك نحو أن ينذر بما تلده دابته أو بغلة أرضه وتؤبد حيث لم يكن له حمل وغلة وإلا فالموجودة فقط ﴿ أو ﴾ سيملكه أو يستحق الانتفاع به ﴿ فى المال ﴾ لكن هذا القيد الثالث لا يكفى إلا بشروط ثلاثة وهى قوله ﴿ إن قيده بشرط وأضاف إلى ملكه وحنث بعده ﴾ ومثال ذلك قوله ﴿ كما أرثه من فلان ﴾ أو أتّهبه أو أشتريه وتحقيق ذلك أن الإنسان إذا نذر بما لا يملك لم ينعقد النذر إلا بهذه الشروط : ﴿ الأول ﴾ أن يقيده بشرط فلو أطلق فقال نذرت بما أرثه من فلان لم ينعقد . ﴿ الثانى ﴾ أن يضيف إلى ملكه نحو أن يقول ماورثته من فلان أو ملكته من جهته أو نحو ذلك فلو لم يضف إلى نفسه بل قال الدار الفلانية أو نحو ذلك لم ينعقد ولا يشترط تعيين الموروث أو المتهب أو المشترى منه . ﴿ الشرط الثالث ﴾ أن يحنث بعد ملكه هذا الشىء نحو أن يقول إن دخلت هذه الدار فما أرثه من فلان صدقة فحنث بعد أن ورث فلاناً فإنه ينعقد النذر وإن حنث قبل أن يرثه انحلّت يمينه ولا يلزم شىء وإن التبس هل حنث قبل الملك أو بعده فالأصل عدم الملك .

﴿ فرع ﴾ من قال ما أتلفه فلان فى المستقبل فقد نذرت به أو بقيمته للفقراء فإنه لا يصح .

﴿ ومتى تعلق ﴾ النــذر ﴿ بالعين المملوكة اعتبر بقاؤها ﴾ ولو نقداً ﴿ واستمرار الملك إلى الحنث ﴾ نحو أن يقول إن شفى الله مريضى فبقرتى صدقة أو نحو ذلك فإن تلفت حساً أو أخرجها عن ملــكه ولو حيلة قبل أن يحصل الشرط بطل النذر بها ولو عادت إلى ملــكه ثم شفى مريضه لم يلزمه شيء ما لم تعد بما هو نقض للعقد من أصله ولا فرق بين أن يكون حنثه قبل عودها أو بعدها فى أنه يستحقها المنذور عليه وأما لو تلفت حكماً بنحو ذبح أو طحن فيما يطحن أو نحوذلك لم يبطل النذر بها بل يخرجها على صفتها .

﴿ فائدة ﴾ إذا نذر رجل بماله للمسجد ونحوه نذراً مشروطا إذا قدم غائبه أو نحو ذلك فالحيلة فى ذلك أن يخرج ماله عن ملــكه ويحنث بما حلف عليه ثم يسترجع ماله فإن هــذه الحيلة صحيحة مخلصة ذكر ذلك محمد بن أحمد بن مظفر رحمه الله وسواء احتال بالهبة أو بالنذر ولا يقال إذا احتال بالنذر فمن شرطه القربة والمحتال غير متقرب فجوابه أن القربة حاصلة بوصوله إلى المنذور عليــــه وإن لم يقصدها ﴿ ولا تدخل فروعها المتصلة والمنفصلة الحادثة قبل الحنث غالبا ﴾ فإذا نذر بهذه الشاة مثلا إن دخل الدار فإنه يدخل الحمل والصوف ونحوه الموجود حال النذر ولا يدخل الذى يحدث قبل الحنث وهى متصلة أم منفصلة فأما الحادثة بعد الحنث وقبل الاخراج فإنه يستحقها المنذور عليه لأن العين المنذورة تملك بالحنث وهكذا نماؤها .

قوله « غالباً » احتراز مــن اللبن الموجود فى الضرع حال الحنث فإنه يدخل ويكون للمنذور عليه إذ الأصل عدمه حتى حصل الحنث وما حصل بعــد الحنث فهو للمنذور عليه فحينئذ لم تظهر فائدة لصورة غالباً إذ هو معلوم إنما حصل بعــد الحنث فهو للمنذور عليه سواء كان لبناً أم غيره وفى اللبن لو علم حصوله فى الضرع قبــل الحنث أو تصادقا على ذلك فهو للناذر كثيرة .

﴿ وتضمن ﴾ العين وفروعها ﴿ بعده ﴾ أى بعــد الحنث فى المشروط وبعد النذر

فى المطلق والضمان للمنذور عليه ضمانها ﴿ضمان أمانة قبضت﴾ أى وضعت ﴿لا باختيار المالك﴾ نحو ما تلقيه الريح أو الطير فى دار إنسان من مال غيره فإنه يصير أمانة عنده ويضمنه بأحد ثلاثة أشياء: إما بأن يتقله لنفسه لا ليرده لصاحبه ، أو بأن يجنى عليه أو بأن يتمكن من الرد ثم يتراخى عنه وإن لم يطالب فالعين المنذورة تضمن بعد الحنث بأحد هذه الثلاثة الأشياء كتلك الأمانة وحكم مؤنها وفوائدها قبل التسليم حكم المبيع قبله .

﴿و﴾ لو نذر بعين من ماله نذراً مطلقاً أو مشروطا وحصل شرطه وجب عليه إخراج تلك العين و ﴿لا تجزى القيمة﴾ فيما كان قيميًا ولا المثل فيما كان مثليًا ﴿عن العين﴾ المنذور بها مهما كانت باقية . فإن تعذرت بتلف مضمون فالجنس ثم القيمة وقت الإخراج لا وقت انعقاد النذر .

﴿ويصح تعليق تعيينها فى الذمة﴾ نحو أن يقول نذرت بإحدى دابتى هاتين على فلان صح النذر وَإليه التعيين وهو متعلق بذمته ولا تخرج من ملكه إلا حين التعيين ان تلف إحداهما فتتعين الباقية والفوائد قبل التعيين للناذر فإن تلفا معاً بغير جناية ولا تفريط فلا عوض يلزمه ولا كفارة . وإن تلفا بجناية أو تفريط لزمه قيمة الأدنى منهما فإن ماتِ قبل أن يعين فالتعيين إلى الوصى فإن كان لاوصى فالتعيين إلى الورثة ما تراضوا به الكل لأنه حق لهم فان اختلفوا وتمردوا فإلى الحاكم ويعين الأدنى لأن الأصل براءة الذمة .

﴿و﴾ أما الضرب الذى يرجع إلى المصرف فانه ﴿إذا عين﴾ الناذر لنذره ﴿مصرفاً﴾ كمسجد معين أو فقير معين أو نحو ذلك ﴿تعين﴾ وليس له العدول إلى غيره فإن لم يعين كان للفقراء لأنهم رأس كل مصرف . ﴿ولا يعتبر القبول﴾ من المنذور عليه ﴿باللفظ﴾ ولو كان آدميا معينا بل يملكه بعدم الرد فإذا قال نذرت عليك بكذا ولم يرد الحاضر فى المجلس أو الغائب فى مجلس علمه فقد لزم وكان ذلك كالقبول

فلو رد بعد القبول أو التصرف أو المسجد لم يصح فلا يبطل ملكه حينئذ إذ قد ثبت وتقرر مالم يكن النذر معقودا نحو نذرت عليك بكذا على كذا فلا بد من القبول فى المجلس لا فى مجلس بلوغ الخبر .

﴿ ويبطل ﴾ النذر ﴿ بالرد ﴾ لفظا فى المجلس أو مجلس بلوغ الخبر لاغير مالم يكن قد قبل أو تصرف وإلا لم يصح الرد هذا ماينبغى أن يفسر به كلام أهل المذهب من أن النذر لا يحتاج إلى قبول ويبطل بالرد لكن لايبطل به فى الحقوق المحضة لمن هى عليه فإذا نذر بحق الشفعة أو الخيار أو التملية أو نحوه فإنه إسقاط لذلك الحق فلا يصح رده ممن هو عليه بخلاف ما لو نذر على زيد بحق استطراق مثلا ابتداء فإن للمنذور عليه الرد .

﴿ و ﴾ من حكم النذر فى المصرف إذا قال نذرت على ﴿ الفقراء ﴾ وأطلق فأن مصرفه إلى كل فقير ﴿ لغير ﴾ نفس الناذر و ﴿ ولده ﴾ بل وجميع فصوله وأصوله مطلقا ﴿ ومنفقه ﴾ أى من تلزمه نفقته فلا يجزى صرفه فى أى هؤلاء ولو كان فقيرا ويجرى فيمن عداهم .

ولا يصح النذر على نفس الناذر ، وإذا نذر بشىء على أولاده كان للموجود منهم على سواء بين الذكور والإناث ولايدخل من يولد بعد النذر ومن مات من الموجودين كان نصيبه لورثته دون شركائه . فإن باع والدهم مانذر به عليهم وقبضوا الثمن مع حضورهم فى العقد ثم ادعوا بعد ذلك على المشترى أن أباهم نذر عليهم بالشىء الفلانى وبينوا بينة مرضية كان قبض الثمن أو بعضه إجازة مبطلة لدعواهم على المشترى .

﴿ و ﴾ إذا قال نذرت على ﴿ المسجد ﴾ بكذا وأطلق وثم مساجد كثيرة ولم يعين المسجد بالنية فانه يكون ﴿ للمشهور ﴾ فى بلده كما تقدم فى الوقف . فإن عين المسجد بالنية ثم التبست عليه نيته قسم بينها إذا كانت منحصرة ﴿ ثم ﴾ إذا استوت مساجد بلده فى الشهرة فيكون صرفه فى ﴿ معتاد صلاته ثم ﴾ إذا استوت فى اعتياد الصلاة

فيها عينه ﴿ حيث يشاء ﴾ من مساجد جهة بلده .

قال فى البيان وولاية صرف المال فى مصالح المسجد إلى من له الولاية وذلك أنه صار للمسجد ولا ولاية للناذر عليه إلا حيث المراد إطعامه أو تقسيمه فى المسجد لمن يصل إليه من الفقراء والعلماء والمتعلمين ونحوهم فولاية ذلك إلى الناذر وفى الوقف إلى الواقف لا لمن له الولاية عليه لأنه ليس للمسجد .

﴿ و ﴾ أما الضرب الذى يرجع ﴿ فى ﴾ صحة النذر إلى ﴿ الفعل ﴾ فقد تضمن ثلاثة شروط ﴿ الأول ﴾ ﴿ كونه ﴾ أى الفعل حال الوفاء ﴿ مقدوراً ﴾ عقلا فلو كان غير مقدور لم يلزمه الوفاء به بل تجب عليه الكفارة نحو أن يقول عليه لله أن يشرب ماء البحر أو أن يوجب على نفسه ألف حجة فإن ذلك ونحوه لا يدخل فى مقدوره ولا قائل يقول انه يجب عليه ماطاق ويسقط الباقى فأما لو نذر بصيام يومين فى يوم لزمه يوم فقط وعليه كفارة يمين لفوات نذره فى الآخر بخلاف النذر بحجتين أو أكثر فى عام واحد فيلزمه الكل لأنه يمكنه فعل الكل لكن الشرع منع فيحج فى كل عام حجة فلومات ثم حجج عنه وصية رجلين فى عام واحد صح ذلك .

﴿ فرع ﴾ فلو نذر العامى بقراءة ختمة يقرأها هو بنفسه لزمه التعليم بما لا يحجف فإن لم يمكن لزمه كفارة يمين لفوات نذره .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يكون ﴿ معلوم الجنس ﴾ فلو لم يعلم جنسه نحو أن يقول على لله نذراً أو على لله أن أفعل أو أن أقول لم يجب عليه شيء لأن من الفعل والقول ما يكون مباحاً والأصل براءة الذمة إلا أن ينوى بما جنسه واجب من الافعال فتلزمه الكفارة كما يأتى عقيب هذا .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن ينذر بما ﴿ جنسه واجب ﴾ بالأصالة كالصلاة والصوم والصدقة والحج والجهاد وقراءة القرآن والتكبير والتهليل والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم وكذلك الغسل والوضوء وغسل الميت وتكفينه فلو لم يكن جنسه

واجبا أصليالم يلزمه الوفاء به ولو كان قربة نحو أن يوجب على نفسه كنس المسجد أو إشعال فتيلة سراجه أو عمارة الجسور بنفسه لا بالمال أو احداث السقايات بنفسه لا بالأجرة فيلزمه أو زيارة العلماء أو الزهاد ﴿ وإلا ﴾ يكن الفعل مقدورا أو يكون غير معلوم الجنس أو يكون جنسه غير واجب ﴿ فا ﴾ نها تلزم ا ﴿ لكفارة ﴾ فقط ﴿ إلا فى المندوب ﴾ والمسنون كالسواك ﴿ والمباح ﴾ كالأكل والشرب ولو كان يجب عند الضرورة فهى حالة نادرة فإذا نذر بمثل ذلك ﴿ فلا شىء ﴾ يلزمه الوفاء به ولا الكفارة بخلاف ما إذا كان واجبا أو مكروها أو محظوراً فإنه يلزمه الوفاء بالواجب وفى المحظور والمكروه تلزمه الكفارة إذا حنث ﴿ ومتى ﴾ نذر بما جنسه واجب من صلاة أو صيام أو غيرهما ثم ﴿ تعذر ﴾ عليه الوفاء بالنذر بعد التمكن ﴿ أوصى عن نحو الحج والصوم كالفرض ﴾ الأصلى من صلاة او صيام فعلى هذا لو نذر بصلاة ثم حضرته الوفاة لم يلزمه عندنا أن يوصى بشىء كما لو كان عليه أحد الفروض وعليه كفارة يمين لفوات نذره بعد التمكن وإن كان النذر صوما وقد تمكن منه وجب عليه الوصية بكفارة صيام وأما لو كان المنذور به حجا فإنه تلزمه الوصية به كحجة الأسلام وكذا لو نذر باعتكاف لزمته الوصية به .

﴿ فرع ﴾ ومن نذر بصوم يوم معين أو شهر معين أو بالحج فى سنة معينة ثم مات قبل مجىء ذلك الوقت فلا شىء عليه لعدم التمكن .

﴿ و ﴾ أما إذا كان الفائت من غير جنس الحج والصوم ونحوهما وجب عليه ان يوصى ﴿ عن غيرهما كغسل الميت بكفارة يمين ﴾ مثاله أن ينذر بأن يغسل فلانا ميتا أو بأن يدفع زكاة ماله إلى زيد أو بأن يصلى الظهر فى أول وقته فى يوم معين فإنه إذا فات عليه ذلك وتعذر عليه الوفاء به لزمه كفارة يمين مع التمكن فى جميع المنذورات.

﴿ وضابطه ﴾ ما لم يشرع له قضاء ولا بدل له من الواجبات فإنه إذا تعذر لزمه الكفارة ﴿ كمن التزم ترك محظور أو واجب ثم فعله أو العكس ﴾ فإن الكفارة

تجب فى ذلك مثاله أن يوجب على نفسه ترك شرب الخمر أو ترك صلاة الظهر أو الجمعة فى يوم معين فإنها تلزمه الكفارة إن لم يترك ذلك لكنه لا يجوز له تركه إذا كان واجباً .

ومثال العكس أن ينذر بفعل واجب لم يشرع له القضاء أو بفعل محظور ثم يتركه فإنها تلزمه كفارة يمين ﴿ أو ﴾ نذر ﴿ نذراً ولم يسم ﴾ ذلك النذر ولا نية له أو نسى ماسماه بالكلية فإنها تلزمه كفارة يمين وجميع ألفاظ النذر على سواء فى ذلك . قال فى الرياض ماممناه : والمسئلة على وجوه أربعة : « الأول » أن يلتبس عليه هلى سمى أم لا فهاهنا الأصل عدم التسمية . « الثانى » أن يتحقق جنس ماسمى وينسى قدره وجب الأقل لأن الأصل براءة الذمة . « الثالث » أن يتحقق التسمية وينسى هل هى صلاة أو صوم أو صدقة أو مباح أو معصية فهذا لا يلزمه شىء لجواز أنه سمى مباحا . « الرابع » أن يتحقق أنه سمى شيئاً من واجبات منحصرة فهذا يلزمه أن يفعل الأقل من كل جنس .

﴿ مسئلة ﴾ قال فى البيان ومن لزمه الحج بالنذر لم يلزمه فعله حتى يكمل له شروط الاستطاعة كما فى حجة الإسلام ، فإن لم تكمل شروط الاستطاعة سقط ولا كفارة عليه .

﴿ وإذا عين للصلاة والصوم ﴾ والذكر ﴿ والحج زماناً ﴾ نحو أن يوجب على نفسه صلاة فى يوم كذا أو صوم يوم كذا أو حجا فى سنة كذا فإنه يتعين فإذا أخره لغير عذر ﴿ أثم بالتأخير ﴾ من ذلك الوقت وأجزأه قضاؤه ولا كفارة ، فإن كان التأخير لعذر فلا إثم عليه ﴿ و ﴾ إن قدمه على ذلك الوقت ﴿ لم يجز التقديم ﴾ عندنا ﴿ إلا فى الصدقة ونحوها ﴾ كالزكاة والخمس وكل واجب مالى فإنه إذا قال على لله أن أتصدق يوم كذا بكذا أو أن أخرج المظالم يوم كذا ﴿ فيجزيه ﴾ التقديم .

﴿ و ﴾ من قال لله على أن أصوم أو أن أصلى ﴿ فى المكان الفلانى وعين لنذره

مكاناً مخصوصاً ففيه ﴿ تفصيل وخلاف ﴾ أما التفصيل فاعلم أنه إذا عين للصلاة أو الصوم مكاناً فإما أن يفعل فيه أو فى غيره إن فعل فيه أجزأ وإن فعل فى غيره فان كان لعذر جاز وفاقاً وإن كان لغير عذر فإما أن يعين أحد المساجد الثلاثة أو غيرها لم يتعين وإن عين أحد المساجد الثلاثة فإن عدل إلى الأعلى وهو المسجد الحرام جاز وفاقاً ، وإن عدل إلى الأدنى وهو بيت المقدس جاز عندنا وأبى حنيفة لأنه لا يتعين هـذا هو المقرر للمذهب ، وقال زفر والفقيه يوسف والشافعى واختاره فى الانتصار أنه يتعين ، وأما الصدقة سواء كانت واجبة أو نافلة فإذا عين لها مكانا فالمقرر للمذهب أنه لا يتعين مكانها كما لا يتعين زمانها سواء أخرجها الناذر نفسه أو الوصى أو الوارث فـكما أنه يجوز للوصى أو الوارث التقديم أو التأخير فى الوقت كذا يجوز العدول إلى غير المـكان المعين إلا أن يكون مقصوداً لناذر الصرف فى أهل ذلك المحل فإنه يتعين فيهم ولا يصرف إلى غيرهم لأنهم المنذور عليهم فيعطوا فى ذلك المحل أو غيره ، وسواء كان المحل مكة المشرفة أم غيرها وكذلك حكم من نذر بالذبح فى مكان معين أنه لا يتعين المـكان وتصرف فى الفقراء إلا لقصد الصرف فى أهله وأما الذبح فيلزم لأن له أصـلا فى الوجوب وهى دماء المناسك ، وأما فى الحج إذا عين مكانا للاحرام فإنه يتعين كالزمان .

﴿ مسئلة ﴾ وأما فى الوقف فإنه يتعين زمانه ومكانه سواء كان فيه قربة أم لا ما لم يكن عن ضمان حق واجب عليه لم يتعين واما بالإباحة فيتعين الزمان والمـكان مطلقا . وأما الوصية فإن كانت بواجب لم يتعين زمانه ولا مكانه وإلا تعين .

﴿ ومن نذر باعتاق عبده ﴾ نحو أن يقول لله على أن أعتق عبدى هـذا ﴿ فأعتق ﴾ ذلك العبد ﴿ بر ولو ﴾ أعتقه ﴿ بعوض أو ﴾ أعتقه ﴿ عن كفارة ﴾ ذكره الفقيه حسن فى تذكرته فإن باعه استقال فإن تعذر بموت العبد أو أعتقه المشترى أجزأه كفارة يمين .

﴿٣٣١﴾ ﴿باب الضالة واللقطة واللقيط﴾

اعلم أن الضوال اسم لما ضل من الحيوان غير بنى آدم واللقطة بضم اللام وفتح القاف لغة الشيء الملتقط من الجمادات . واللقيط اسم للمولود من بنى آدم الذى يوجد منبوذاً لا كافل له فهو بمعنى ملقوط .

﴿ فصل ﴾ فى شروط الالتقاط وما يتعلق به من الأحكام : أما شروط الالتقاط فالملتقط ﴿ إنما ﴾ يصح التقاطه بشروط أربعة :

﴿ الأول ﴾ أن ﴿ يلتقط ﴾ وهو ﴿ مميز ﴾ ولو سكرانا إذا ميز فلو كان غير مميز كالطفل والمجنون لم تلحقه أحكامها ويجوز التقاطها منهما . فلو أخذها ولى الصبى من يده صارت لقطة فى يد الولى لأنه أخذها من موضع ذهاب ولو كانت غصبا فى يد الصبى ، ويجب على الولى انتزاعها من يد الصبى إذ لا أمانة له ووجهه أن فى حفظها حفظ مال الصبى ، لأن الصبى يضمن من ماله إن تلفت قبل نقلها إلى الولى ، ولا يشترط أن يكون الملتقط مسلما عدلا بل يصح التقاط الفاسق والكافر كالمستأمن والذمى مع الأمانة كالاستيداع لا الحربى أو من لا أمانة لهم فلا يصح التقاطهما .

﴿ قيل ﴾ القائل صاحب الوافى ويشترط أن يلتقطه وهو ﴿ حر أومكاتب ﴾ وهذا خلاف المقرر للمذهب ، والمختار للمذهب هو أن للعبد أن يلتقط ولو بغير إذن سيده ، وولاية ذلك إليه لا إلى سيده .

﴿ وحاصل المذهب ﴾ أن نقول إن تلفت معه بغير تفريط فلا ضمان على السيد ولا على العبد ، وإن تلفت بتفريط أو جناية وهو مأذون بالإلتقاط ضمن السيد ضمان . المعاملة وذلك بأن يسلمه أو يفديه بقدر قيمته وان لم يكن مأذوناً له فالضمان فى ذمته حتى يعتق لأنه مأذون له من جهة الشرع .

﴿ والشرط الثانى ﴾ أن يلتقط ﴿ ما خشى فواته ﴾ أو التبس ان لم يلتقطه ولو فى بيت مالكه فلو لم يخش فواته لم يجز له الالتقاط ولو كانت فى موضع ذهاب إذا كانت فى تلك الحال لا يخشى فوتها حتى يعود المالك اليها .

﴿ والشرط الثالث ﴾ أن يأخذها ﴿ من موضع ذهاب جهله المالك ﴾ أوعلم لكنه يخشى عليها التلف أو الأخذ قبل عوده لها فلو لم يكن كذلك لم يجز له الالتقاط .

﴿ والشرط الرابع ﴾ أن يأخذها ﴿ بمجرد نية الرد ﴾ فقط أو ليعرّف بها فلو أخذها من غير نية الرد أو للرد ان وجد المالك وإلا فلنفسه بغير الصرف المعتبر كما سيأتى أو أخذها بغير نية على وجه الغفلة ضمن ضمان غصب ولو نوى بعد ذلك الرد لم يخرج عن الضمان ، وزاد أبو حنيفة شرطاً خامساً وهو الإشهاد عند الأخذ وعندنا والشافعى ليس بشرط لأنه يقبل قوله بعد التلف انه أخذها للحفظ إذ لا يعرف قصده إلا من جهته وهو المذهب إذا ادعى المالك أنه أخذها لا للحفظ .

﴿ والا ﴾ تكمل هذه الشروط ﴿ ضمن ﴾ الملتقط ضمان غصب ﴿ للمالك ﴾ ان كان ﴿ أو لبيت المال ﴾ ان لم يكن لها مالك ﴿ ولا ضمان ﴾ عليه ﴿ إن ترك ﴾ اللقطة ولم يلتقطها وأخذها آخذ ﴿ ولا يلتقط لنفسه ما تردد فى إباحته كما يجره السيل عما فيه ملك ولو مع مباح ﴾ وحاصل المسئلة أن الشجرة التى يجرها السيل لا تخلو اما أن يكون فيها أثر الملك من قطع أو تهذيب أو لا كأن تكون مقلوعة بعروقها ان كان فهى لقطة وان لم ففى ذلك وجوه أربعة :

﴿ الأول ﴾ أن لا يعلم هل الموضع الذى جاءت منه ملك أو مباح ولا يدرى بالأشجار التى جاءت منها ما حكمها هل تنبت أم لا وجوز الأمرين معاً فيكره أخذها ومن أخذها استحب له التعريف بها وان استهلكها جاز .

﴿ والثانى ﴾ أن يعلم الإباحة فى موضعها ويجوز حصول ملك فيه فيجوز أخذها وتركها أحوط .

﴿ والثالث ﴾ أن يعلم حصول الملك فى الموضع الذى جاءت الأشجار منه ويجوز المباح فيه فإن الأشجار تكون لقطة يعرف بها فان لم يوجد مالكها قسمت بين أهل الملك إذا كانوا منحصرين وإلا فلبيت المال .

﴿ والرابع ﴾ حيث يعلم أن الموضع الذي جاءت منه الأشجار ملك ومباح وهو لا يعلم هل الأشجار من المباح أو من الملك فانه يجوز الأخذ إذا كانت مما لا ينبت ويكون للآخذ لأنه كلأ وان علم فى الأشجار ملكا مما لاينبت ومباحاً فنصفه للآخذ بكل حال والنصف الآخر لقطة ان عرف أهل الملك وكانوا منحصرين فلهم ، وان لم يعرف صرف إلى مصرف المظالم بعد التعريف لأن سبيل هذا سبيل ما لو أكل من ثمر إحدى الشجرتين والتبس عليه هل أكل من المملوكة أو من المباحة فلا ضمان لأن الأصل براءة الذمة ، وان اختلط ثمر الملك والمباح وأكل منه وجب عليه نصف الضمان .

﴿٣٣٢﴾ ﴿فصل﴾

فى أحكام الضالة : ﴿ وهى ﴾ فى الحكم ﴿ كالوديعة ﴾ السابق ذكرها فى فصل ٣٠٤ ﴿ إلا فى ﴾ أحد عشر حكماً :

﴿ الأول ﴾ ﴿ جواز الوضع فى المربد ﴾ فإن الضالة يجوز وضعها فى المربد وهو موضع يتخذه الإمام لحفظ ضوال المسلمين فكل من وجد ضالة وأخذها جاز له أن يصيرها إليه ولايجب عليه وتبطل بذلك ولايته وتعلف من بيت المال وإذا وجد مالكها خير الإمام بين أن يضمنه علفها وبين أن يحسبه له من بيت المال إذا كان فقيراً أوغنياً فيه مصلحة ، واتخاذ المربد مستحب على الإمام وأما الحفظ عليه فواجب بعد مصيرها اليه

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ أنه يجوز للملتقط ﴿ الإيداع ﴾ للضالة والسفر بها ﴿ بلاعذر ﴾

يقتضى الإيداع والسفر بها بخلاف الوديعة فلا يجوز إيداعها ولا السفر بها الموجب للقصر إلا لعذر كما تقدم .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أنه لو غصبها غاصب فأتلفها أو أتلفها متلف وهى فى يده وجب عليه ﴿ مطالبة الغاصب ﴾ والجانى ﴿ بالقيمة[1] ﴾ للقيمى ومثل المثلى والأرش ويبرأ الجانى بالرد اليه بخلاف الوديعة فإنها لو غصبت فأتلفت لم يبرأ الغاصب برد القيمة اليه ولا له المطالبة بها فأما المطالبة بالعين فهما يستويان فى أن للملتقط والوديع المطالبة بها .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ أنه إذا أنفق على الضالة كان له أن ﴿ يرجع بما أنفق بنيته ﴾ ولو كان المالك حاضراً وكذا يرجع بأجرة الحفظ إذا كان لمثله أجرة ولا يحتاج إلى أمر الإمام ولا الحاكم والقول قوله فى المعتاد إذ لا يعرف إلا من جهته وعليه اليمين إن طلبت وله حبسها حتى يسلم له ذلك ولا يصير ضامنا بالحبس بل كما كان عليه أولا لأنه غير متعد فإن لم ينو الرجوع لم يكن له ذلك .

﴿ والخامس ﴾ إذا ضلت انقطع حقه .

﴿ والسادس ﴾ إذا وطىء الجارية لحقه النسب ولا حد مع الجهل .

﴿ والسابع ﴾ نية الرد .

﴿ والثامن ﴾ يمين العلم .

﴿ والتاسع ﴾ وجوب التعريف بها .

﴿ والعاشر ﴾ وجوب التصدق .

﴿ والحادى عشر ﴾ اشتراط الحرية فى الوديعة لا هنا .

﴿ و ﴾ لا يجوز للملتقط أن يرد الضالة إلى من ادعاها إلا أن يحكم له الحاكم أنه يستحقها ﴿ ويجوز ﴾ بل يجب ﴿ الحبس عمن لم يحكم له ببينته ﴾ فأما لو ثبت له

(١) عبارة الأثمار « بما يجب » وهى أولى من عبارة الأزهار اهـ .

باقرار الملتقط لزمه تسليمها فى ظاهر الحكم ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى فلا يجوز مالم يغلب فى ظنه أنه يستحقها .

﴿ وحاصل الكلام ﴾ فى المسئلة أن مدعى الضالة لايخلو إما أن يكون له بينة أولا إن كانت له بينة وحكم بها حاكم لزم الملتقط ردها فإن أقام غيره البينة بأنها له لم يلزم الملتقط له شىء ولو حكم بها حاكم لأن حكمه خطأ وإن لم يحكم له ببينته فلا يجوز الرد ، وأما إذا لم يكن له بينة بل أتى بأمارتها وأوصافها فلا يجوز الرد ولو غلب فى ظنه صدق دعواه لأن العمل بالظن فى حق الغير لايجوز .

﴿ و ﴾ إذا ادعاها مدع وأنكر الملتقط لزمه أن ﴿ يحلف له ﴾ ويمينه ﴿ على العلم ﴾ أى ما يعلمها له ولا يلزمه على القطع ولا على الظن فإن نكل عن اليمين أمر بالتسليم كما لو أقر وهذا فى الظاهر وأما فى الباطن فلا يجوز الإقرار والتسليم مع عدم المعرفة لمالكها ﴿ ويجب ﴾ على الفور ﴿ التعريف بما لا يتسامح ﴾ عادة ﴿ بمثله ﴾ والذى يتسامح به هو ما لايطلبه صاحبه لو ضاع مما لا قيمة له كتمرة أو زبيبة تلحق بالمباح .

﴿ واعلم ﴾ أن لوجوب التعريف شروطا ثلاثة :

﴿ الأول ﴾ أن لايخشى عليها ولا على نفسه أو ماله من ظالم .

﴿ الثانى ﴾ أن لا يتسارع إليها الفساد فإن خشى فسادها باعها وعرف لأجل الثمن .

﴿ الثالث ﴾ أن تكون لها قيمة حال الالتقاط والتعريف بها إنما يكون ﴿ فى مظان وجود المالك ﴾ كالأسواق وأندية القوم وأبواب المساجد وفى الصحف كالجرائد ونحو ذلك وإن وجده فى مكة عرف به فيها فلو لم يظن وجود المالك سقط عليه وجوب التعريف حتى يظن وجوده فيعرف به ومدة التعريف ﴿ سنة ﴾ عندنا من غير فرق بين الحقيرة والكبيرة ولا بد من توالى التعريف وحده ما جرى به

العرف إذ المرجع فى مطلق المعاملات إليه فإن فرق فلا استئناف إلا لعرف. ولا يجب الإفراط فى التعريف حتى يشغل أوقاته به فإن ترك التعريف أثم، ولا يصرفها بعد السنة بل لا بد من التعريف سنة غير السنة الأولى إلا أن يعرف فى الحال ان المالك لا يعرف قطعاً فانه لا يجب التعريف وله أن يصرفها كالوديعة إذا أيس من معرفة صاحبها .

﴿ فرع ﴾ ويعرف بها بجملة كمن ضاعت له ضالة فإن فصل فلا يضمن إذ لا يسلم له بالصفة . أما الدراهم فلا يجب التعريف بها إلا إذا أمكن البينة عليها كأن تكون فى صرة أو نحوها .

﴿ فرع ﴾ ويجب على الملتقط التعريف بنفسه أو بنائب عنه وأجرته على الملتقط لأن ما لا يتم الواجب إلا به يجب كوجوبه ، وإذا طلب شيئاً من المالك جعالة على التقاطها صار غاصباً .

﴿ ثم ﴾ بعد التعريف بها سنة ولم يجد مالكها ﴿ تصرف ﴾ إذا كانت دون نصاب ﴿ فى فقير ﴾ من فقراء المسلمين ان أحب وإلا بقيت عنده لأنه لا يجب الدخول فيما عاقبته التضمين ﴿ أو ﴾ فى ﴿ مصلحة ﴾ ولو زادت على النصاب كمسجد أو منهل أو طريق أو مقبرة أو مفت أو مدرس أو حاكم أو إمام أو فى الفقراء لكل فقير دون النصاب وله أن يصرفها فى نفسه إذا كانت مصلحة أو دون النصاب إذا كان فقيراً وإنما تصرف إذا مضت السنة ﴿ بعد اليأس ﴾ من وجود المالك أو معرفته أو عوده ولا عبرة بمضى العمر الحقيقى فإن كان راجياً له فلا يصرفها ولو عرف بها ، ﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ يصرفها بعد التعريف واليأس بل صرفها قبل اليأس ﴿ ضمن ﴾ لبيت المال لأنه متعد بالصرف قبل ذلك ، وأما الضمان للمالك فهو يضمن مطلقاً سواء صرفها قبل اليأس أو بعده . ﴿ قيل ﴾ القول للمؤيد بالله ومعناه انه يضمن لبيت المال لو صرفها قبل اليأس ﴿ وإن أيسر بعده ﴾ أى بعد الصرف فلا ينفع الملتقط اليأس

بعد أن صرف قبل اليأس إذ العبرة عند المؤيد بالله بالابتداء والمختار ان العبرة بالانتهاء على أصل المدوية وهى قاعدة أهل المذهب اعتبار الانتهاء فى العبادات والابتداء فى المعاملات فلا يضمن لبيت المال شيئاً لحصول اليأس بعد الصرف .

﴿ و ﴾ يعرف ﴿ بثمن ما خشى فساده ﴾ كاللحم أو كان فى بيعه صلاح وليس المراد يعرف بنفس الثمن إذ لا يتميز لمالكها وإنما المراد يذكرها على وجه يمكن معرفة مالكها كون اللقطة كيت وكيت ، ولا يجب عليه التعريف بما خشى فساده سنة بل يبيعه ﴿ ان ابتاع ﴾ ثم يبنى التعريف بعد البيع على ما قد مضى حتى يتم الحول فإذا حصل اليأس تصدق به ﴿ والا ﴾ يبتع ما خشى عليه الفساد ﴿ تصدق ﴾ به أو صرفه فى مصلحة فلو لم يفعل أحدهما بما يتسارع إليه الفساد كاللحم والخضروات وما أشبهها حتى فسد وتلف فنقول إن تمكن من البيع فقط ولم يبعه لزمه قيمة للمالك وان تمكن من التصدق فقط لزمه للفقراء أو المصالح قيمة ، وقيمة للمالك متى وجد وإن تمكن من البيع ولم يبع وقت التمكن وتمكن من التصدق أيضاً عند ان يجب التصدق ولم يتصدق لزمه أيضاً قيمتان قيمة للمالك وقيمة للفقراء أو المصالح . ﴿ و ﴾ إذا تصدق باللقطة لخشية فسادها أو بعد التعريف بها أو تصدق بثمنها وجب على الملتقط أن ﴿ يغرم للمالك متى وجد ﴾ المالك ﴿ لا الفقير ﴾ فلا غرامة عليه ﴿ إلا لشرط ﴾ من الملتقط عند الدفع اليه أنه يرد ان وجد المالك فانه يلزمه سواء صرف اليه العين أم القيمة ﴿ أو ﴾ صرف ﴿ العين ﴾ لا قيمتها فإنه يلزمه ردها إن كانت باقية أو عوضها ان كانت تالفة بجناية أو تفريط وسواء شرط عليه الملتقط الرد أم لم يشترط وإن تلفت بغير جناية ولا تفريط فلا يضمن الفقير بل الصارف ﴿ فان ضلت ﴾ اللقطة من يد الملتقط ﴿ فالتقطت انقطع حقه ﴾ فلا يطالب الملتقط الأول الملتقط الثانى بردها إليه بل تعلق أحكام اللقطة بالثانى إذا كملت شروط الالتقاط فيه لأنه قد قبضها بإذن الشرع فكأن المالك قد قبضها ، ويبنى على ماقد فعل الأول من التعريف فإن لم يبق من المدة شيء لم يجب على

الآخر التعريف ، وإن قبضها من هو غير جامع للشروط فهما مطالبان : فالأول ضامن لأجل تفريطه . والثانى غاصب ، فإن لم تلتقط فهو ضامن لأن الضياع تفريط

﴿٣٣٣﴾ ﴿فصل﴾

فى حكم اللقيط ــ وهو الذكر ــ واللقيطة ــ وهى الأنثى ــ من أطفال بنى آدم. قال فى الانتصار : ومن لم يبلغ سن الاستقلال وجب التقاطه ، وبعد البلوغ الشرعى لا معنى للالتقاط وبينهما يجب مع الخشية عليه وكذا المجنون لوجود العلة وهى الخشية عليه .

﴿ مسئلة ﴾ من فى يده صغيرة لم يقبل قوله أنها زوجته إذ لا تثبت يد على الحرّ ولا على المنافع لتجددها حالاً فحالاً بخلاف الأعيان ونفقتها عليه لإقراره .

﴿ مسئلة ﴾ والتقاط اللقيط فرض كفاية على المسلمين مع الخشية من باب إحياء النفس « ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعاً » وكاطعام المضطر وإنقاذ الغريق.

﴿ فرع ﴾ ويصح التقاط العبد القن والمدبر وأم الولد والكافر الذمى وينزعه الحاكم من يده لا الحربى فلا يصح منه الالتقاط كما تقدم .

﴿ فرع ﴾ ويعتبر فى اللقيط مايعتبر فى الضالة من وجوب نية الرد حال الالتقاط وفائدتها ضمان اللقطة لو كان عبداً إن لم ينو ويجب التعريف أيضاً سواء كان اللقيط حراً أم عبداً حفظا للنسب وسائر أحكامه الضالة تثبت هنا من الصرف بعد اليأس فى العبد وغير ذلك .

﴿ مسئلة ﴾ ولا ينقل اللقيط من بلده لأن بقاءه فيه أقرب إلى معرفة نسبه فإن كان الواجد له من أهل الخيام الرحل بقى معه .

﴿ واللقيط من دار الحرب ﴾ يحكم بأنه ﴿ عبد ﴾ ويلحقه أحكام اللقطة من وجوب التعريف ونحوه وذلك حيث لا يباح له الأخذ من دار الحرب فى تلك الحال لأجل أمان أو نحوه فإن كان يباح له الأخذ فهو غنيمة وليس بلقطة ولا خمس عليه .

﴿و﴾ اللقيط إذا أخذ ﴿ من دارنا ﴾فهو ﴿ حر أمانة ﴾ فى يد الملتقط ﴿ هو وما فى يده ﴾ لا يكون لقطة بل يحكم فى الظاهر أنه له نحو أن يكون عليه ثياب أو معه أو تحته أو دنانير أو دراهم فى كمه أو دابة يقودها أو راكب عليها . قال أبو طالب والأصل فيه أن كل ماصح أن تثبت عليه يد الكبير فيد الصغير مثله وكلما لم يصح أن تثبت عليه يد الكبير فيد الصغير مثله كالثوب بالبعد منه يعنى بأن لا تناله يده فإن كانت يده تناله فيده ثابتة عليه، فإن كان دفيناً تحت الموضع الذى هوعليه لم يكن له لأن اليد لاتثبت على الدفين وذلك لأن المسلم لو دفن كنزاً فى دار الحرب والعكس لم يملكه أهل الحرب .

﴿ و ﴾ اللقيط الحر[1] يجب أن ﴿ ينفق عليه بلا رجوع ﴾ لأنه من باب سد الرمق ﴿ إن لم يكن له مال فى الحال ﴾ ولو ثابتاً أى إن كان فقيراً حال الإنفاق إلا أن يكون الإنفاق بإذن الحاكم أو أقرضه ولو بغير إذن الحاكم أو استقرض له من الغير أو انكشف له مال حال الإنفاق بنية الرجوع فله الرجوع بما أنفق ، فإن كان فى يد اللقيط مال فللملتقط أن ينفق عليه منه ولا يحتاج إلى أمر الحاكم ، فإن كان المال فى يد الغير فلا ينفقه عليه إلا بأمر الحاكم لأنه لا ولاية له على ما ليس فى يده .

﴿و﴾ اللقيط من بنى آدم ﴿يرد للوصف﴾ إذاوصفه بامارات يغلب على الظن صدقه لأجلها ويقبل قوله وإن لم يقم البينة على أنه ولده ويكون الوصف له وصفا له ولما فى يده فلا يحتاج إلى بينة ، فإن كان بعد موته ولا ولدله أو ثمة واسطة فلا بد من البينة والحكم .

وقوله ﴿ لا اللقطة ﴾ من الجمادات وكذا اللقيط من المماليك لأنه مال فلابد من البينة والحكم كما تقدم ﴿ فإن تعددوا واستووا ﴾ أى فى كونهم جميعاً ﴿ ذكوراً ﴾

(١) وأما فى العبد فيرجع على سيده لأنه ماله مع نية الرجوع كالضالة اهـ .

أحراراً مسلمين وفى ادعائه ووصفه فى وقت واحد[1] ﴿ فابن لكل فرد ﴾ منهم يرث من كل واحد ميراث ابن كامل ﴿ ومجموعهم أب ﴾ يعنى أنه إذا مات هو ورثوه جميعاً ميراث أب واحد . وقوله : واستووا يعنى فإن كان لأحدهم مزية بحرية أو إسلام فإنه يكون له ولمن شاركه فى تلك المزية، فيكون للحر دون العبد ، وللمسلم دون الكافر ، فلو كان أحد المدعيين حراً كافراً والآخر عبداً مسلماً فانه يلحق بالعبد المسلم، فأما لو كان أحدهما يهودياً والآخر نصرانياً فإنه يثبت النسب فقط لهما لعدم المزية لا فى الدين فلا يلحق بأيهما لأنه قد حكم باسلامه ، فأما لو كان أحدهما فاطمياً والآخر غير فاطمى فلا ترجيح بذلك لكن لا يصلح إماماً ولا تحل له الزكاة . فأما لو كان أحدهما صالحاً والآخر فاسقاً فإنه يلحق بهما معا . فأما لو ادعاه رجل وامرأة فإنه يكون أبا كاملا والمرأة أما كاملة ، وأما اذا ادعاه امرأتان فإن تفردت إحداهما بمزية لحق بها وإن لم فلا يلحق بأيهما سواء بينتا أم لا لأن كذب إحدهما معلوم إلا أن يصدق إحداهما بعد بلوغه لحق بها بخلاف الرجلين فهو يمكن أن يكون منهما .

﴿ فرع ﴾ فلو التقطه اثنان وتشاجرا فى حضانته كان على رأى الحاكم إما عين أحدهما والا أقرع بينهما وليس له أن يتناوباه لأن ذلك إضرار به لوحشته واختلاف غذائه .

﴿٣٣٤﴾ ﴿ باب الصيد ﴾

﴿ فصل ﴾ فى تفصيل ما يحل من الصيد وهو نوعان بحرى وبرى . واعلم أنه ﴿ إنما يحل من البحرى ﴾ وحقيقته ما أفرخ فى البحر ولو كان لا يعيش إلا فى البر وحقيقة صيد البر ما أفرخ فى البر وإن كان لا يعيش إلا فى البحر كالقرانيق. وقوله ﴿ ما أخذ ﴾ أى من البحر ﴿ حياً ﴾ فإنه يحل ولا يحتاج إلى تذكية ولو من جنس

(١) إذ لو سبق أحدهم استحقه دون الآخرين اه .

مايذكى ﴿ أو ﴾ أخذ ﴿ ميتا بسبب آدمى ﴾ نحو ان يعالج تصيده فيموت بسبب ذلك فإنه يحل حينئذ وسواء كان مسلما أم كافراً حلالا أم محرما لأن المحرم يحل له صيد البحر وكذا لو مات بسبب آدمى لا عن تصيده نحو ان يصدمه أو يطأه غير قاصد لتصيده فإنه يحل ﴿ أو ﴾ مات لأجل ﴿ جزر الماء ﴾ وهو أن ينحسر الماء من موضع إلى آخر ﴿ أو قذفه ﴾ وهو أن يرمى به إلى موضع جاف ﴿ أو نضوبه ﴾ وهو أن تنشف الأرض الماء : فمتى مات لأجل هذه الأسباب ﴿ فقط ﴾ ولم يكن من جنس مايحرم حل ، وأما إذا مات بغيرها نحو ان يموت بحرّ الماء أو برده أو بأن يقتل بعضه بعضا أو وجد طافيا أو خرج بنفسه ثم مات بسبب الخروج فإنه لا يحل أكله .

﴿ والأصل فيما التبس هل قذف حيا ﴾ أو ميتا أوجزر عنه الماء أو نضب ﴿ الحياة ﴾ فلو قذف الماء الصيد فوجده ميتا ولم يعلم هل قذفه الماء حيا أم ميتا فإنه يرجع إلى الأصل وهو الحياة فيحل أكله كشاة مذبوحة شككنا هل ذبحت حية أو ميتة .

﴿ مسـئلة ﴾ لو أن رجلا حضر حضيرة على جانب من الماء فدخلتها الحيتان وسد الحضيرة فحكم الذى يموت فيها على ثلاثة وجوه :

﴿ الأول ﴾ أن يموت وماؤها متصل بماء البحر فهذا لايجوز أكله لأنه طاف مالم يكن بالازدحام لضيق الحضيرة فجائز أكله إذ هو بسبب آدمى .

﴿ الثانى ﴾ أن يموت بعد أن تنضب الماء من الحضيرة فهذا جائز أكله .

﴿ الثالث ﴾ أن يموت بعد أن انفصل ماء البحر عن ماء الحضيرة ولم ينضب ماء الحضيرة فانه يجوز أكله إذا عرف أنه مات بتحضير الحضير .

﴿ و ﴾ يحل ﴿ من غيره ﴾ أى من غير الصيد البحرى ما كان بريّا إلا أنه إنما يحل بشرط أن يصطاده ﴿ فى غير الحرمين ﴾ حرمى مكة والمدينة شرفهما الله تعالى

فما اصطيد منهما ولو من الجراد فهو حرام ولو كان فى الحرم نهر فصيده محرم تغليباً لجانب الحضر .

﴿ فرع ﴾ فلو جلب لحم صيد إلى الحرم ولم يعرف ما هو هل هو صيد حرام أم لا فإن كان ثمة قرينة انه صيد حَرَم ٍ حَرُمَ وإلا فالأصل الحل .

﴿ مسئلة ﴾ الطير فى أوكارها آمنة لا يجوز أخذها ولا بيضها ليلا ولا نهاراً ، وكذا غير الطير إذ كان له بيت فلا يجوز أخذه منه فإن أخذت حل أكلها .

﴿ واعلم ﴾ ان صيد البر إنما يحل حيث وقع قتله بإحدى صورتين : إما بأن يقتله الحيوان المعلم أو بأن يقتله الصائد بنفسه ، ولكل واحدة من الصورتين شروط : أما الصورة الأولى فلها شروط ستة :

﴿ الأول ﴾ أن يكون من ﴿ ما انفرد بقتله بخرق لا صدم ذو ناب ﴾ وهذا اللفظ قد تضمن ثلاثة شروط من الشروط الستة وهى أن يقتله ذو ناب فلو قتله غير ذى ناب كالفرس ونحوها إذا قدرنا أنها قبلت التعليم فانه يحرم وكذا لو قتله البازى أو الصقر أو الشاهين ونحوها من جوارح الطير ولو كانت من آلات الصيد معلمة فانه لايحل أكله لأنها ليست بذى ناب .

﴿ الشرط الثانى ﴾ أن يقتله بخرق سواء كان بخرق اللحم أو الجلد أو هما فلو قتله بمصادمة أو بسد نفسه لم يحل .

﴿ الشرط الثالث ﴾ أن ينفرد بقتله فلو شاركه غير ذى ناب أو غير معلم أو غير مرسل أو ما أثر فيه بمصادمة أو سد نفس لم يحل أكله وكذا إذا أمسكه غير معلم حتى قتله المعلم لم يحل أكله عندنا .

﴿ الشرط الرابع ﴾ أن يكون ذلك الحيوان القاتل للصيد مما ﴿ يقبل التعليم ﴾ وتعلم وذلك كالكلب والفهد[1] المعلمين فلو كان غير معلم ككلب الحلة والنمر لم يحل

(١) وهو فوق الكلب دون النمر قوائمه أطول من قوائم النمر وهو منقط بنقط سود لايتكون منها حلق كالنمر اهـ

ما قتله . . وحد التعليم أن يغرى فيقصد ويزجر فيقعد فيأتمر فى إقباله وادباره وقصده وانزجاره ويثبت معلم بمرتين ويحل ما قتله فى الثالثة .

﴿ نعم ﴾ فمتى كان الحيوان ذا ناب معلماً جازأكل ما اصطاده على ما تقدم وسواء أكل من الصيد أم لم يأكل .

﴿ الشرط الخامس ﴾ أن يكون الحيوان المعلم ﴿ أرسله مسلم ﴾ عند الإرسال حلالا ﴿ مسم ﴾ عند الارسال أيضا لأن حالة الأرسال كحالة الذبح ولو كان المرسل أعمى وتسقط التسمية عن الصبي والمجنون والأخرس .. فلو كان المرسل كافراً أولم يسم " [1] لم يحل ما قتله المرسل . وكذا لو عدى الكلب على الصيد من دون إرسال لم يحل ما قتله ﴿ أو ﴾ لم يرسله المسلم بل استرسل بنفسه ولكن ﴿ زجره ﴾[2] أى حثه وسمى ﴿ وقد ﴾ كان ﴿استرسل فانزجر ﴾ أى زاد فى عدوه وسيره يعنى أن الحث أثر فى الكلب المسترسل بحيث زاد فى عدوه فانه يحل أكل ماقتله

﴿ فرع ﴾ فان زجره بالصوت وأراد به المنع فاسترسل الكلب فلا يحل أكل ما قتله .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط السادس ﴾ أن يكون ﴿ لحقه ﴾ الصائد[3] عقيب إرساله ﴿ فوراً ﴾ ليعلم أن موته وقع بفعل الكلب إذ لو جوز أنه مات بغير فعله لم يحل. وحد الفوران لايتراخى عقيب إرساله بمقدار ما تموت فيه الذكاة

﴿ واعلم ﴾ أنه إذا أرسل الكلب ثم تراخى عن لحوقه ولم يشاهد إصابته إياه ثم وجد الصيد قتيلا وجوز أن قتله من جهة كلبه أو من جهة غيره فهذا لايحل. وإن

---

(١) الا أن يجهل أو ينسى وجوب التسمية حل ا هـ بيان .

(٢) يقال زجره من كذا أى منعه ونهاه وطرده صائحا به وصاحب الازهار عليه السلام أراد بالزجر هنا معنى الحث أى حثه فانحث . يقال زجرت الريح السحاب أى أثارتها، وزجر الرجل الطير أى أطاره وان أمكن رجوعه الى المنع فهو بمعنى المنع عن التوانى ا هـ

(٣) إلا أن يكون جاهلا ا هـ

شاهد إصابته إياه وعرف أنه أصابه فى المقتل إصابة قاتلة فهذا يحل ولو تراخى عن لحوقه وكذا إن شاهد إصابته فى المقتل ولم يعلم هل هى قاتلة أم لا ولحقه فوراً فوجده قتيلا فانه يحل، وإن أرسله ولحقه فوراً من دون تراخ فوجد قتيلا مع وجود العضة ولم يشاهد الإصابة فانه يحل مالم يوجد فيه جراحة أخرى من غيره يجوز أنه مات منها فمتى كان الكلب جامعاً للشروط المتقدمة حل ما قتله ﴿ وإن تعدد ﴾ أى ولو قتل صيداً كثيراً فى ذلك الأرسال ولو لم يقصد المرسل إرساله إلا على واحد وتكفى تسمية واحدة. أويحتمل قوله وإن تعدد أن يشمل تعدد المرسل والمرسل عليه ﴿ ما لم يتخلل إضراب ذى الناب ﴾ فأما لو تخلل من الكلب إضراب نحو أن يصطاد واحداً ثم يكف قدراً زائداً على الذى يموت فيه بان يجثم على الأول أو يمر يمنة أو يسرة غير طالب لصيد آخر ثم يعرض له صيد آخر فيقتله فانه لا يحل أكل الثانى .

﴿ والصورة الثانية من صيد البر ﴾ إذا قتل الصيد بفعل الصائد ففى ذلك ثلاثة شروط :

﴿ الأول ﴾ قوله ﴿ أو هلك ﴾ الصيد ﴿ بفتك مسلم ﴾ حلال مسمّ ولحقه فوراً فانه يحل أكل ماقتله فلو كان كافراً أو محرماً أو ترك التسمية واللحوق فوراً عالماً لم يحل أكل ما قتله .

﴿ الثانى ﴾ أن يقتله الصائد ﴿ بمجرد ذى حد كالسهم ﴾ والسيف والرمح فلو قتله بغير ذى حد كالبندق وهو كل مايرمى من طين كروى ورصاص ونحوها وكالمراض وهو سهم لاريش له دقيق الطرفين غليظ الوسط يصيب بعرضه دون حده فانه لايحل أكله ، فإن أصيب بسهم وبندقة أو بسهم وحجر أو بسهم ومعراض فمات منهما معاً أو التبس حرم أكله ويحل أكله إن أصيب بالحجر الحاد أو رأس المعراض وخرق . فلو أصيب بذى حد فتردى فمات لأجل التردى أو بمجموعهما لم يحل .
وحاصل ذلك إن علم أوظن أوالتبس أن موته من الرمية حل .. وإن علم أو ظن

أن موته من التردى حرم وإن لم يحصل شيء من ذلك فان تردى على ما يقتل كالماء والنار والحجر غير الحاد أو مرتين حرم والا حل .

﴿ مسئلة ﴾ اختلف العلماء فى البنادق الحديد التى يجعل فيها البارود ثم الرصاص الكروى ثم يرمى بها لتأخر حدوثها فانها لم تصل إلى اليمن إلا فى القرن العاشر من الهجرة هل الصيد بها إذا مات ولم يتمكن الصائد من تذكيته حيا يحل أكله أم لا فمنهم من قال انه حلال لأنها تخرق وهو خلاف المذهب ومنهم من قال يحرم أكله لانها لاتخرق وقرروا ذلك المذهب : وأما البنادق المعروفة فى أيدى الناس الآن التى يجعل فيها « الفشك » المعروفة لدينا « بالمَبْر » وهو أنبوبة صغيرة من النحاس تملأ بارودا ويصم برصاص قد عمل غير كروى يشبه نواة التمر وبعضها يكون أعلاه ذا حد كسنان الرمح فالمشاهد أنهـا تخرق وتدخل فى الغالب من جانب وتخرج من الجانب الآخر فهما كان فعلها خرقا فما قتل بها حل أكله كما يحل أكل ما قتل برأس لمعراض إذا خرق وعليه كلام أهل المذهب وقوله : ﴿ وإن قصد به غيره ﴾ أى لو رمى بسهم غير الصيد نحو أن يرمى عوداً أو ذئباً فتصيب صيدا فإنه يحل ذلك الصيد الذى وقع فيه السهم ويكون حكمه فى التسمية كالناسى سواء كان الذى قصده مما يؤكل أو غيره كما لو أرسل كلباً على صيد معين فأخذ غيره فإنه يحل .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثالث ﴾ إنما يحل صيد المسلم بإرسال الكلب والرمى بالسهم حيث ﴿ لم يشاركه كافر فيهما ﴾ فإن شاركه فى ذلك حرم ﴿ والأصل فى الملتبس ﴾ مع الظن هل مات بسهم الكافر أو بسهم المسلم أو التبس هل مات بالحد أو بالثقل أو التبس هل قتله كلب المسلم أو كلب الكافر ﴿ الحظر ﴾ ويغلب على جانب الإباحة ﴿ و ﴾ لوأن رجلين رميا صيدا فأصاباه وجب أن يقال ﴿ هو لمن أثر سهمه ﴾ فيـه أو نحوه من آلات الصيد فيصير مستحقاًله فإن أثرا معاً أو التبس أيهما المؤثر أوأثرا فيه بالانضمام فبينهما ﴿ و ﴾ إذا استحقه ثم رماه غيره فالرامى ﴿ المتأخر جانٍ ﴾ يلزمه الأرش

للرامى الأول فإن كانت جناية الثانى فى غير موضع الذكاة أو كانت فى موضع الذكاة بما لا يذكى به كبندق الطين ونحوهما وجب الأرش أو القيمة إن كانت قاتلة وإن كانت فى موضع الذكاة كما لو ذبح فيجب الأرش فقط وهو ما بين قيمة الحيوان غير مذكى ومذكى ويخير إن نقل بين قيمته وتركه وبين أخذه ولا شىء على الثانى فى الإثم حيث خرجت الرمية بعد إصابة الأول لا فى الضمان فلا فرق فيضمن حيث خرجت قبل إصابة الأول ووقعت فى الصيد بعد إصابة الأول .

وإذا أخذ الصيد من الكلب أو بعد الرمية وجب أن ﴿ يذكى ما أدرك حيا ﴾ فى وقت يسع الذكاة والأجل فإن لم يذكه حتى مات حرم وسواء تمكن من تذكيته بوجود آلة أم لم يتمكن لعدمها .

﴿ مسئلة ﴾ إذا أدرك الصيد حياً بعد إصابة الحيوان سواء كان معلماً أم غير معلم ذا ناب أم لا فى موضع الذكاة أم فى غيره وجب تذكيته ولو فى غير موضع الذبح حيث تعذرت فيه والإحرم. وأما بعد إصابة السهم فإن كان فى موضع التذكية فهى تذكية وإن كانت الجناية فى غير موضع التذكية فلا بد من التذكية وإلا حرم .

﴿ و ﴾ صيد البر والبحر ﴿ يحلان ﴾ فى الليل والنهار ﴿ من ملك الغير ما لم يعد ﴾ ذلك الغير ﴿ له حائزاً ﴾ فى مجرى العادة كأن تسقى أرض رجل فتوحل فيها ظبى ونشبت أكارعه فانه يملكه صاحب الأرض لأنه يعد حائزا له ما لم تكن مستأجرة أو مستعارة فلهما ولو كان الساقى للأرض غيرهما ، وكذا لو كان الغير هو الذى نفره وحازه إليها حتى نشب فيها فلرب الأرض .

﴿ مسئلة ﴾ فإن فلت الصيد من يد الصائد لم يخرج عن ملكه كالآبق وما وقع من الصيد فى الشبكة والحضيرة وفلت قبل لبثه قدراً يمكن إمساكه فهو لمن أخذه .

﴿ و ﴾ يحلان أيضاً ﴿ بالآلة الغصب ﴾ فلو غصب رجل كلبا أو شبكة فاصطاد حل ذلك الصيد لمصطاده وإن كان عاصيا بالغصب وتلزم الأجرة فيما لمثله أجرة لغير الكلب كمن ذبح أضحيته أو هديه بسكين مغصوبة أجزأته .

﴿٣٣٥﴾ باب الذبح

بالكسر ما يذبح من الأنعام وبالفتح الفعل .

فصل

فى شرائط الذبح : اعلم أن شرائط التذكية التى يحل معها المذكى خمسة :

﴿ الأول ﴾ ما ﴿ يشرط فى الذابح ﴾ وهو ﴿ الإسلام ﴾ «والإحلال» إذا كان المذبوح صيدا ﴿ فقط ﴾ أى فإذا كان الذابح مسلما فلا فرق بين أن يكون رجلا أم امرأة حائضا كانت أم غيرها حرا كان أم عبداً آبقا كان أم غير آبق ختينا كان أم أغلف إذا لم يتركه استخفافا ، صغيرا كان ـ ولو غير مميز ـ أم كبيرا عدلا كان أم فاسقا . وأما ذبيحة الكافر والكتابى ولو صغيرا ذميا كان أم حربيا فلا تجزىء وهو مذهب الهادى والقاسم والناصر وإحدى الروايتين عن زيد بن علىّ وهو المختار لأهل المذهب . وقال زيد بن على فى إحدى الروايتين والصادق وأبو حنيفة والشافعى تجوز ذبيحة أهل الكتاب ورجحه الأمير الحسين .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الثانى ﴾ ﴿ فرى كل الأوداج ﴾ الأربعة وهى : الحلقوم والمرى والودجان بفتح الدال . قال فى الانتصار الحلقوم القصبة المجوفة المركبة من النظاريف وهو موضع مجرى النفس متصل بالرئة . والمرى مجرى الطعام والشراب . والودجان عرقان فى صفحتى العنق قد خفيا وبطنا قيل متصلان بالحلقوم وقيل بالمرى .

وموضع الذبح أسفل مجامع اللحيين وهو آخر العنق والعنق كله موضع للذكاة أعلاه وأسفله وأوسطه وليس قصد الفعل وانهار الدم شرطا هذا هو المقرر للمذهب . وقال أبو حنيفة الاعتبار بقطع ثلاثة من أى جانب ، وقال الشافعى الاعتبار بقطع المرى والحلقوم وأما قطع الودجين فمستحب .

فإن اختلف مذهب الذابح والآكل فالعبرة عندنا بمذهب الذابح .

﴿ نعم ﴾ فمتى فرى الأوداج ﴿ ذبحا أو نحرا ﴾ اجاز ذلك . فالذبح للبقر والغنم والنحر للإبل ، والنحر هو أن يضرب بالشفرة فى لبّة البدنة ـ وهى الثغرة ـ حتى يفرى أوداجها الأربعة،ولو ذبح ماينحر أو نحر ما يذبح جاز إذا فرى الأوداج الأربعة والفرق بينهما ان الذبح قطع الحلقوم والمرى من أعلاها فيقع مما يلى أسفل اللحيين فلو أمرّ السكين ملصقة باللحيين فوق الحلقوم والمرى وأبان الرأس فلا يحل . والنحر قطع الحلقوم والمرى من أسفلهما فيقطع فى اللبة وثغرة النحر وهى الوهدة التى فى أسفل الحلق فوق الصدر ويجب الإسراع فى ذلك حسب الإمكان .

وليس من شرط التذكية أن يبت[1] كل واحد من الأوداج حتى لا يبقى شىء بل لو بقى اليسير لم يضر فيجوز أكله ﴿ وإن بقى من كل ﴾ واحد من الأوداج ﴿ دون ثلثه ﴾ جاز أكله ﴿ أو ﴾ ذبح الحيوان ﴿ من القفا ﴾ جاز أكله أيضا ما لم يكن استخفافاً بالسنة الشرعية والاحرمت ذبيحته لكفره . وإنما يجوز أكل ماذبح من القفا أو غيره ﴿ إن ﴾ علم أو ظن أنه قطع الأوداج و ﴿ فراها قبل الموت ﴾ فإن لم يبلغ القطع الأوداج حتى مات لم يحل أكله .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أن يكون الذبح ﴿ بحديد أوحجر حاد أونحوهما ﴾ كصدف البحر ويجزى الذبح بالشريم وبما كان حادا من شجر أو رصاص أو فضة أو ذهب وإن كان عاصيا باستعمالها . وقوله : ﴿ غالبا ﴾ احتراز من السن والظفر والعظم فإنها لا تجزى سواء كانت متصلة أو منفصلة .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ التسمية ﴾ عند الذبح من الذابح لا من غيره فلا يصح التوكيل بها والمشروع أن لا تزيد هنا على بسم الله والله أكبر ﴿ إن ذكرت ﴾ فان نسيها أو جهل وجوبها أو كان أخرس أو صغيراً أو مجنوناً حلت ذبيحته من غير تسمية وأما السكران إذا ذبح من غير تسمية فكالعامد ﴿ وإن قلت ﴾ فاليسير منها

(١) ويجوز إبانة الرأس ويكره اه

يجزى نحو أن يقول الله ولم يقل بسم الله وكذا لو قال بسم الخالق أو الرازق أو ما أشبه ذلك من أسماء الله إن أتى بالمعتاد أجزأ ما لم يقصد غيره وإن أتى بغير المعتاد كالتسبيح والتحميد والاستغفار أو صفاته المتقدمة فلا بد من القصد ﴿ أو تقدمت بيسير ﴾ كالوضوء فانه لايضر تقدمها على الذبح بالوقت اليسير وحده مقدار التوجهين فاذا قال بعد اضجاع الشاة بسم الله ثم صبر أو تكلم بكلام يسير مقدار التوجهين ثم ذبحها حل أكلها فان أطال الحديث أو اشتغل بعمل آخر ثم ذبح لم يحل أكلها .

﴿ و ﴾ ﴿ الشرط الخامس ﴾ ﴿ تحرك شيء من شديد المرض بعده ﴾ يعنى إذا ذبح البهيمة وهى مريضة أو مترديةأو نطيحة فلا بد أن يتحرك منها بعد الذبح ذنب أو رأس أو عضو من أعضائها حركة يدل على أنها كانت حية أو تطرف بعينها فحينئذ يحل أكلها .. وإن لم يتحرك منها شيء بعد ذبحها لم يحل أكلها .. وأما الصحيحة فتحل ولايشترط حركتها بعد الذبح لأن الأصل الحياة .

﴿ مسئلة ﴾ من ذبح للكعبة تعظيما لها لأنها بيت الله تعالى أو للرسول صلى الله عليه وآله وسلم لأنه رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وقصده بذلك إطعام الفقراء أو غيرهم وكذا ما يذبح عند استقبال السلطان استبشاراً بقدومه فمثل هذا قد يحصل من العامة وهو لايوجب كفراً وتحل ذبيحته لأنه نازل منزلة ذبح العقيقة .

﴿ ورد سؤال ﴾ على السيد العلامة أحمد بن على الشامى رحمه الله فى هذا المعنى مالفظه : ما قولكم فى عدة من المسلمين يرضون بعضهم بعضاً بغنم وغيرها فهل تؤكل أم هى حرام لأن المؤيد بالله عليه السلام كان إذا اطلع على شيء من ذلك أدب الفاعل

﴿ فأجاب ﴾ إن ذلك الرضى إذا كان بالمراضاة وطيب الخواطر والاجتماع للقلوب وإزالة الشحناء فلا بأس بذلك وإلا كان حراما .

﴿ مسئلة ﴾ ومن ذبح شاة فى ظلام فان كانت مريضة أو مسبوعة أو نحو ذلك حرم أكلها لعارض الحظر والاباحة وإلا فالأصل الحياة وإن لم يتحرك منها شيء كما تقدم .

﴿ وندب ﴾ حال الذبح ﴿ الاستقبال ﴾ للقبلة بمنحر المذكاة وبقاؤها حتى تموت فلو حرفها عند الموت إلى غير القبلة فقد فعل المستحب أو ذبحها إلى غير القبلة جاز

﴿ فرع ﴾ وندب قبل الذبح حد الشفرة وألا تنظر إليها البهيمة وإضجاعها قبل ذبحها ويقبض من الغنم والبقر ثلاث قوائم ويترك الرابعة تركض بها ويضع رجله على كاهلها ، ويكره الذبح بقليل الحد لما فيه من تعذيب الحيوان والنخع أيضاً وهو كسر الرقبة والسلخ قبل موت المذبوح .

﴿ ولا تغنى تذكية السبع ﴾ فلو عدى السبع على البقرة أو الشاة فقطع أوداجها الأربعة لم يكف ذلك فى تذكيتها بل إن أدركت وفيها رمق ذكيت ولو بقطع الرقبة وحل أكلها وإن أدركت ميتة حرمت .

﴿ ولا ﴾ تغنى تذكية ﴿ ذات الجنين عنه ﴾ فلو ذبحت شاة أو نحوها فخرج من بطنها جنين فإن تذكيتها لا تغنى عن تذكيته . فان خرج حيا ذكى وان خرج ميتاً حرم هذا إذا قد حلته الحياة وإلا فهو لحمه كجزء من أمه .

﴿ وما تعذر ذبحه ﴾ فى حلقه من الحيوانات التى تؤكل وتعذره اما ﴿ لند ﴾ منه وهو فراره حتى لم يمكن أخذه ﴿ أو وقوع ﴾ فى مكان ضيق نحو أن يقع ﴿ فى بئر ﴾ لا يمكن استخراجه منها حتى يموت ﴿ فبالرمح ونحوه ﴾ من سائر آلات الذبح تجوز تذكيته ﴿ ولو ﴾ وقع ذلك ﴿ فى غير موضع الذبح ﴾ إما طعن برمح أو رمى بسهم أوضرب بسيف على ما يمكن، لكن ان تمكن أن يجعل ذلك فى موضع الذبح فهو الواجب وإن تعذر فحيث أمكن حتى يموت هذا ما حصله أبو طالب للمذهب .

﴿ نعم ﴾ وما وقع فى المكان الضيق فتعذر قتله إلا بتقطيعه اربا اربا وهى حى جاز ذلك رواه فى التقرير عن القاضى جعفر فان كان قتله ممكنا قبل التقطيع فهو الواجب ولا يجوز خلافه ، وأما لو كان الحيوان على بعد من الذابح وخشى موته قبل وصوله اليه هل يحل بالرمح ونحوه . ظاهر الازهار أنه لا يحل وقواه ابن راوع ومثله عن

الشامي. قال في الغيث: ماقطع وهو لايموت منه فهو بائن من حي فلا يحل سواء اتصل الفعل أم لا . وأما لو كانت الأولى قاتلة حلت وما بعدها . فلو قطع الشاة بالسيف شطرين حلا ولو كان أحدهما أقل ولا رأس معه .

﴿ مسئلة ﴾ من وجد حيوانا مذكى في دار الاسلام ولم تعلم تذكيته حل ما لم تكن فيه أثر جراحة تدل على أنه مات منها .

﴿٣٣٦﴾ باب والأضحية(١)

﴿ تسن لكل مكلف ﴾ حر مسلم متمكن سواء كان ذكراً أم أنثى . قال الامام عليه السلام وينبغى أن نتكلم فيما يجزى منها وفى وقت ذبحها، اما مايجزى منها فيجزى ﴿ بدنة عن عشرة وبقرة عن سبعة وشاة عن ثلاثة ﴾ ويعتبر فى شركاء الأضحية الاتفاق فلو كان بعضهم مفترضاً وبعضهم متنفلا أو قاصدً اللحم فلايجزى لأن الحيوان لايتبعض . وأما إذا اختلف وجه السنة كعقيقة واضحية حيث قلنا يصح الاشتراك فى العقيقة فالقياس الاجزاء . فلو ضحى بشاة عنه وعن ولديه الصغيرين لم تجز مشاركته لهما . فان ضحى عنه وعن أولاده المكلفين فلا يشترط أن يملكهم القدر المجزى بل يجزى بمجرد الإذن مطلقا كما لو أعتق عبده عن غيره باذنه أنه يجزى ويكون من التمليك الضمنى

﴿ وإنما يجزى ﴾ أضحية ﴿ الأهلى ﴾ لا ما كان وحشيا كالظباء والوعول وبقرة الوحش والعبرة بالأم عندنا فان كانت أهلية أجزأت وان كانت وحشية لم تجز ﴿ و ﴾ إنما يجزى ﴿ من الضأن الجذع فصاعدا ومن غيره الثنى وصاعدا ﴾ فلا يجزى فى الأضحية دون الجذع من الضأن ولا دون الثنى من غيره والجذع من الضأن

(١) الاضحية بضم الهمزة وكسرها مع تخفيف الياء وتشديدها وهى اسم لما يذبح أو ينحر من النعم تقربا إلى الله تعالى فى أيام النحر انتهى

ما قد تم له حول والثنى من الضأن والمعز والبقر ماتم له حولان والجذع من الأبل ما تم له أربع سنين والثنى منها ماتم له خمس سنين . وأما ما ﴿ لا ﴾ يجزى من الأهلية أضحية فجملتها اثنتا عشرة وهى :

﴿ الشرقاء ﴾ مشقوقة الأذن طولا مما يلى الرقبة ﴿ والمثقوبة ﴾ أذنها ولو يسيراً ﴿ والمقابلة ﴾ وهى ما ابين من الأذن مما يلى الوجه ﴿ والمدابرة ﴾ مقطوعة جانب الأذن من مؤخرها مما يلى الرقبة ﴿ والعمياء والعجفاء ﴾ هى التى لاتنقى — أى لامخ — فى عظمها ولا سمن فيها ومثلها شديدة المرض وإن لم تكن قد عجفت والجرباء والثولاء هى المجنونة ولو سمينة ﴿ وبينة العورو ﴾ بينة ﴿ العرج ﴾ وهى التى لاتبلغ المنحر على قوائمها الأربع فلو بلغت المنحر عليها أجزأت ولوعرجت ﴿ ومسلوبة القرن والأذن والذنب والالية ﴾ ولا فرق فى هذه الأربعة الأخيرة بين ان تكون ذاهبة من أصل الخلقة أوطرأ عليها الذهاب .

﴿ ويعفى عن اليسير ﴾ يعود إلى الكل غير الأذن المثقوبة كما تقدم ويعرف اليسير فى العجفاء بالقيمة . قال فى الكافى للهادى: واليسير دون الثلث فعلى هذا إذا كان الشق بطول الأذن أكثر من الثلث وهو بجانب منها وذلك الجانب أقل من الثلث لم يضر لأنه لو قطع وابين كان أقل من الثلث . ويعرف فى العين بالمساحة فى مد البصر إذا كان فى أحد العينين بأن يترك لها العلف لتنظره بالصحيحة ثم بالتغيرة فان حصل غالب ظن عمل به فان كان فى العينين فيعتبر تغيرهما. وأما الأثرج وهو ما كان له إحدى الخصيتين من أصل الخلقة فالمقرر أنه يجزئ اضحية .

﴿٣٣٧﴾ ﴿فصل﴾

﴿ في بيان وقت الأضحية ﴾

واعلم أن ﴿ وقتها لمن لاتلزمه الصلاة ﴾ رأسا وهى الحائض والنفساء وكذا من يرى أنها سنة فحكمه حكم الحائض فى ابتداء وقت الأضحية ﴿من فجر النحر ﴾ وهو يوم العيد ﴿ إلى آخر ثالثه ﴾ وهو الثانى عشر من ذى الحجة أى يختص بيوم النحر ويومين بعده . وإذا ذبح بالليل فى اليومين الآخرين جاز من غير كراهة وتعجيلها فى اليوم الأول أفضل .

﴿و﴾ وقتها ﴿ لمن تلزمه ﴾ الصلاة ﴿ وفعل ﴾ أى صلى ﴿ من عقيبها ﴾ فمن كان يرى وجوب صلاة العيد وأنها فرض عين وهو المذهب أو فرض كفاية ولم يصلها فى الميل غيره فانها لاتجزئه إلا بعد أن يصلى أو بعد صلاة مصل غيره فى الميل ولو فرادى إذا كانت الصلاة أداء فان كانت قضاء جاز قبلها ﴿ وإلا فمن الزوال ﴾ أى إذا كان يرى وجوب صلاة العيد ولم يصل ولا صلاها فى الميل غيره لم تجز الأضحية إلا بعد خروج وقت الصلاة وهو دخول وقت الزوال إذ به يدخل الوقت المكروه ويفوت وقت أداء الصلاة « والحاصل » أن وقت الاضحية من عقيب صلاته أو صلاة غيره فى الميل أو دخول الوقت المكروه .

﴿ فان اختلف وقت الشريكين ﴾ بان كان أحدهما يرى عدم وجوب صلاة العيد فوقت اضحيته من الفجر والآخر يرى الوجوب فوقته من بعد صلاته أو من الزوال إن لم يصل ﴿ فآخرهما ﴾ وقتا يكون الحكم له فيؤخر المتقدم حتى يجزى المتأخر . ولا تجزى من وقته متأخر ان يقدمها فى وقت شريكه فان قدم لم تجز أيهما لأنها إذا بطلت على أحدهما بطلت على الآخر فلا تجزى لهما معاً إلا مع التأخير فان غاب أحدهما أو تمرد باع الشريك مقدار حصة شريكه إلى مضح آخر فان لم يمكن البيع شراها من الحاكم فان لم يكن ثمة حاكم فمن صلح لئلا يتولى الطرفين واحد .

﴿٣٣٨﴾ ﴿فصل﴾

﴿ و ﴾ إنما ﴿ تصير ﴾ الأضحية ﴿ أضحية ﴾ معتبرة عنـد تعيينها إذا كانت في ملـكه أو عند ابتداء ملـكها ﴿ بالشراء ﴾ وغيره ﴿ بنيتها فلا ﴾ يجوز بعـد ذلك لمن يرى وجوبها في مذهبه أو أوجبها على نفسه أن ﴿ ينتفع قبل النحر ﴾ ووقته ﴿ بها ﴾ أى بعينها ﴿ ولا بفوائدها ﴾ كصوفها ولبنها حيث لا ولد وأما بعـد دخول الوقت والذبح فيجوز . ﴿ و ﴾ يجوز له أن ﴿ يتصدق بما خشى فساده ﴾ من فوائدها قبل النحر وأما من يرى أنها سنة فله أن ينتفع بها وبفوائدها سواء خشى الفسـاد أم لا

﴿ مسئلة ﴾ لوشراها بنية الأضحية ثم انها مضت أيام النحر ولم يذبحها وجب أن يصنع بها بعد ذلك ما يصنع بها في أيامه . ولا يسقط النحر حيث أوجبها أو يرى وجوبها وعليه كفارة يمين إذا كان قد تمـكن . وأما إذا مات صاحب الاضحيـة فيضحى ورثته لأن القربة قد تعلقت بالشراء بنية الاضحية

﴿ فان فاتت ﴾ عنده بموت أو سرقة ﴿ أو تعيبت ﴾ بعور أو عجف أو غيرهما ﴿ بلا تفريط لم يلزمه البدل ﴾ وذبح المعيبة ولا شيء غير ذلك . ﴿ ولو أوجبها ﴾ على نفسه ﴿ إن ﴾ أوجبها مـ﴿ ـعين ﴾ـة في بهيمة يملـكها فان لم يعينها ولو كان يرى وجوبها فهى في ذمته حتى يأتى بها . فان عين ثم مات قبل أيام النحر لزم الورثة نحرها واقتسموها على قدر حصصهم في الميراث .

﴿ وا ﴾ ن ﴿ لا ﴾ تفت من دون تفريط منه بل فاتت أو تعيبت بتفريط منه أو تعد أو كان أوجبها معينة ﴿ غرم قيمتها يوم التلف ﴾ ولا يلزمـه قيمتها يوم شرائها ﴿ و ﴾ إذا صارت عجفاء لا بتفريط ثم تلفت ولو بتفريطه وكانت قيمتها لاتبلغ قيمة اضحية مجزية وجب عليه أن ﴿ يوفى ﴾ على قيمتها ﴿ ان نقصت عمـا يجزى ﴾ حتى يشترى ما يجزى لأن ما أوجبه غير معين فهو في ذمته حتى يأتى به .

﴿ والحاصل ﴾ أن الاضحية على ثلاثة أوجه : « الأول » أن يوجبها معينة كأن يقول علىّ لله أن أضحى بهذه الشاة وتلفت لا بجناية ولا تفريط لم يلزمه شيء وإذا كانت بجناية أو تفريط ضمن قيمتها يوم التلف ولا يوفى إن نقصت عما يجزى .

« والثانى » إن أوجبها فى ذمته ثم اشترى شاة بنيتها ثم تلفت عنده بجناية أو تفريط لزمه أن يبدلها بمثلها ولو كانت زائدة عما يجزى فى الأضحية ويوفى إن نقصت قيمتها عما يجزى وإن كان لا بجناية ولا تفريط لم يلزمه إلا الواجب وهو الذى يجزى وسواء زادت قيمتها أو نقصت « والثالث » إن عينها من غنمه وتلفت كان الواجب دينا وسواء تلفت بجناية أو تفريط أم لا ولا يلزمه زايد قيمتها لو كان ثمة زيادة إذ لا حكم للتعيين فى ملكه .

﴿ وله البيع ﴾ سواء كانت معينة أم لا وسواء خشى تلفها أم لا ﴿ لابدال مثل أو أفضل ﴾ منها ﴿ ويتصدق ﴾ وقت التضحية ﴿ بفضلة الثمن ﴾ حيث لم يبلغ ثمن سخلة فان بلغ اشترى سخلة وذبحها وتصدق بها ﴿ ومالم يشتره فبالنية ﴾ تصير أضحية ﴿ حال الذبح ﴾ إن كان هو الذابح بنفسه أو بالنية عند الأمر لغيره المقارن للذبح . فان ذبحت بغير اذن فلا تجزى وعلى الذابح قيمتها وتكون له بعد المراضاة كما فى الغصب ويلزم التصدق .

﴿ وندب ﴾ للمضحى ﴿ توليه ﴾ أى الذبح بنفسه ﴿ و ﴾ أن يكون ﴿ فعله فى الجبانة ﴾ للتعبد . ﴿ و ﴾ يندب فى الأضحية ﴿ كونها كبشاً موجوا أقرن أملح ﴾ هذا لمن أراد أن يضحى بالشاة والا فالافضل للمنفرد الأبل ثم البقر ثم جذع ضان والموجوء هو الخصى . واستحب الاقرن والمراد به ما كان فى قرنه طول فيما يعتاد القرن ليذب عن متاعه لفعله صلى الله عليه وآله وسلم . والأملح مافيه سواد يخالطه بياض .

﴿مسئلة﴾ خصى الآدمى محرم بالاجماع، والخيل مكروه لأنه يذهب صهيلها الذى يحصل

به إرهاب العدو مالم يكن عقوراً وفى خصيه صلاحه . وفى سائر الحيوانات جائز مع المصلحة ولو لأجل أن يسمن .

﴿ و ﴾ يندب للمضحى ﴿أن ينتفع﴾ ببعضها حيث لم يوجبها على نفسه ﴿ويتصدق﴾ ببعض وهو غير مقدر ويجوز أكل جميعها ﴿ ويكره البيع ﴾ إن قلنا إنها سنة ذكره أبو جعفر للمذهب قال فإن فعل كان الثمن للبائع فلو أوجبها لم يجز .

﴿٣٣٩﴾ ﴿ فصل ﴾

فى العقيقة(١)

﴿ والعقيقة ﴾ هى ﴿ مايذبح ﴾ من شاة أو بقرة أو بدنة ويعتبر فى سنها وسلامتها وصفتها والتشريك ما يعتبر فى الأضحية فتجزى شاة عن ثلاثة ونحو ذلك والجامع التقرب بإراقة الدم . وأما وقتها فهو ﴿ فى ﴾ نهاية ﴿ سابع المولود ﴾ سواء كان ذكراً أم أنثى ويجزى بعده وإن طال الزمان . وتعدد بتعدد المولود ويعق عنه من تلزمه نفقته وتكون من مال المولود إن كان له مال ولو مات قبل السابع فإن قدمت على السابع فهى مأدبة ولم يصب فاعلها السنة . ﴿ وهى ﴾ عندنا ﴿ سنة ﴾ لا واجبة ﴿ وتوابعها ﴾ بعد الذبح مسنونة أيضاً منها أن يحلق رأسه إن أمكن بغير ضرر ويتصدق بوزن شعره أو بقدره إن لم يمكن حلقه ذهبا أو فضة ولا يترك من شعر رأسه عند حلقه للقزع إذ هو جاهلى . والقزع الشعر الذى يترك فى رأس الصبى من مقدمه أو وسطه أو مؤخره حتى يطول ويستحب أيضاً أن يخلط رأسه بخلوط وهو

---

(١) العق فى الأصل الشق والقطع، والعرب تقول لكل مسيل شقه السيل فى الأرض فأنهره ووسعه عقيق . والعقيقة الشعر الذى يكون على رأس الصبى حين يولد . وإنما سميت الشاة التى تذبح عنه فى تلك الحال عقيقة لوجهين : الأول لأنه يندب حلق ذلك الشعر يوم السابع بعد الذبح والعرب ربما سموا الشىء باسم سببه ، فسميت الشاة عقيقة لعقيقة الشعر . والثانى أخذاً من العق الذى هو الشق لانها تذبح أى تشق مذابحها، كما سميت ذبيحة بالذبح وهو الشق اه .

أصناف من طيب وزعفران مخلوط سواء كان المولود ذكراً أو أنثى فهو مخصوص للخبر .

ويستحب تسمية المولود يوم الولادة باسم جميل والتأذين فى أذنه اليمنى والإقامة فى اليسرى . ومنها أن تفصل أعضاء العقيقة من المفاصل وتدفن العظام تحت الأرض كى لا تمزقها السباع ولا يكسر عظمها طلباً للسلامة وتفاؤلا بها . إلا لعدم اتساع اللحم لمن يقصد إطعامهم فلا بأس بالكسر لأن الثواب الذي يعود فى ذلك أكثر من ثواب ما يقصده مع التفاؤل . ويستحب أن يطبخ لحمها بالحالى كالعسل والسكر تفاؤلاً بحلاوة أخلاق المولود وحسنها لا بالحوامض كالخل .

﴿ وفى وجوب الختان خلاف ﴾ ولا خلاف فى أنه مشروع وإنما الخلاف فى وجوبه . روى الإمام يحيى عن العترة والشافعى أنه واجب فى حق الرجال والنساء غالباً احترازاً ممن أسلم وهو كبير يخاف عليه التلف أو الضرر ومن لم يشرع فى حقه كمن يلد ختيناً . ويندب فى سابع الولادة لهما . ويجبر البالغ عليه ويعزر إن تمرد ويجب على الولى للمصلحة، والأجرة من مال الصبى إن كان له مال، فإن كان له ذكران ختن الأصل ويعرف بالبول وإلا ختنا معاً ، والخنثى المشكل تختن آلتاه لأن مالا يتم فعل الواجب إلا به يجب كوجوبه . ويختن الصغير غيره والكبير نفسه فإن تعذر فغيره كالطبيب .

﴿٣٤٠﴾ باب والاطعمة والاشربة

﴿ فصل ﴾

فى بيان ما يحرم من الحيوانات . واعلم أن جملة ما ﴿ يحرم ﴾ ثمانية أصناف :

﴿ الأول ﴾ ﴿ كل ذى ناب من السبع ﴾ « مفترس » كالأسد والنمر والذئب.

والناب السن خلف الرباعية احتراز من الإبل فإنها ذات ناب لكن ليست من السبع وقولنا مفترس ليخرج الوبر والأرنب فإنهما ذا ناب لكن ليتسا بمفترسين .

﴿ و ﴾ ﴿ الثانى ﴾ كل ذى ﴿ مخلب ﴾ أى ظفر ﴿ من الطير ﴾ « يعدو به » كالصقر وما كان منهيا عن قتله كالهدهد فإنه يحرم . وقولنا يعدو به لتخرج الدجاج فإنها ذات مخالب لكنها لا تعدو بهـا . ويحرم أكل غربان الزرع والغداف غراب كبير أسود ضخم الجناحين كالنسر كثير الريش والأبقع طائر فيـه سواد وبياض . ويحل أكل الى بكسر الميم والنمامة لأنها ليست من ذوات المخالب والقطا والعصافير والدُراج ـ بضم الدال ـ طائر شبيه بالحجل وأكبر منه أرقط بسواد وبياض قصير المنقار إذ هى من طيبات الرزق .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ ﴿ الخيل ﴾ أهليها ووحشيها .

﴿ و ﴾ ﴿ الرابع ﴾ ﴿ البغال ﴾ .

﴿ و ﴾ ﴿ الخامس ﴾ ﴿ الحمير الأهلية ﴾ لا الوحشية فيحل أكلها .

﴿ و ﴾ ﴿ السادس ﴾ ﴿ ما لا دم له من ﴾ الحيوانات ﴿ البرى ﴾ كالذباب والديدان ، وكذا دود الجبن والباقِلّا والتمر والخل والثمار ودود السنابل ونحوذلك ﴿ غالبا ﴾ احترازا من الجراد فإنه برى لا دم له وهو حلال ، وكذا الشطا وهو ذباب يخرج أيام الصيف عقيب المطر من مساكن النمل . ﴿ و ﴾ كما يحرم ما لا دم له من البرى يحرم ﴿ ما وقعت فيه ميتة ﴾ نحو أن يقع فى شىء من الطعام أو الشراب ذباب أو نحوه مما لا دم له وكثرت ميتته فيه فإنه يحرم ﴿إن أنتن بها﴾ لأنه يصير مستخبثاً والعبرة باستخباث الغالب من الناس وأما المستخبث فيحرم عليه مطلقاً وكلما أنتن من المأكول حرم أكله ولم ينجس وإذا زال النتن حل .

﴿ وما استوى طرفاه ﴾ مع اللبس ﴿من البيض﴾ إما طويلان معًا أو مدوران معًا فإنه يحرم لأن ذلك أمارة كونه من حيوان محرم حيث لم يعلم هل من حيوان يؤكل

أم لا . وأما لو علم أنه من حيوان يؤكل حل وإن استوى طرفاه . وإن علم أنه من حيوان لايؤكل حرم وإن اختلف طرفاه ومن أكل أو شرب الحرام ندب له أن يتقياه

﴿ و ﴾ ﴿ السابع ﴾ ﴿ ماحوته الآية ﴾ وهى قول الله تعالى « حرمت عليكم الميتة » وهى التى زالت حياتها بغير ذبح شرعى « والدم ولحم والخنزير وما أهل لغير الله به » بأن ذبح على اسم غيره « والمنخنقة » الميتة خنقا « والموقوذة » المقتولة ضربا « والمتردية » الساقطة من علو إلى أسفل فماتت « والنطيحة » المقتولة بنطح أخرى لها ﴿ إلا الميتتين ﴾ وهما الجراد والسمك ولو صادهما كافر أوماتا بغير سبب الصائد ﴿ والدمين ﴾ وهما الكبد والطحال فخرجا من الآية لأنه خصصهما الخبر المشهور .

﴿ و ﴾ ﴿ الثامن ﴾ قوله ﴿ ويحرم من البحرى مايحرم شبهه فى البر كالجرى ﴾ والجريث وهو ثعبان الماء ﴿ والمارماهى ﴾ وهى حية الماء وهذا الاسم عجمى مركب فالمار اسم الحية وما هى الحوت فكأنه قال حية الحوت ﴿ والسلحفاة ﴾ وهى حيوان بحرى لها أربع قوائم تختفى بين طبقتين شديدتين تشبه الرحا ويقال للذكر منها « الغَيْلم » . وعلى هذا يجب أن يتطرق الكلام إلى كل حيوان فى البحر مشارك بالاسم فى اللغة أو فى العرف لحيوان محرم فى البرّ مثل إنسان الماء وخنزيره وكلبه للمشابهة والمشاركة ويحل من البحرى مايحل شبهه فى البر فهذه حال ماحرم الشرع أكله وأباحه من الحيوانات .

﴿ مسئلة ﴾ اختلف العلماء فيما لم يرد فيه دليل حظر ولا إباحة من الحيوانات هل يعمل فيه بالحظر أو الإباحة خرج المؤيد بالله للهادى عليه السلام أن الأصل الحظر وهو المذهب، وأما الأشجار فالأصل الإباحة .

﴿ مسئلة ﴾ ما وقع من ذرق طائر على ثوب طاهر فالأصل الطهارة ولا يجب غسله ولو قلنا ان الأصل فى الحيوانات الحظر لأنه لا يرتفع يقين الطهارة إلا بيقين .

﴿٣٤١﴾ ﴿ فصل ﴾

فى حكم من اضطر إلى أكل شىء من هـذه المحرّمات ﴿ و ﴾ المباح من أكل الميتة عند الضرورة ﴿ لمن خشى التلف ﴾ حالاً أو مآلاً إنما هو ﴿ سد الرمق منها ﴾ فقط والمراد بسدّ الرمق انه متى خشى التلف جاز له سد الجوعة بما لايتضرر بالنقص منه دون الشبع والمراد بالتلف ذهاب الروح ونحوه فساد عضو من أعضائه أو حاسة من حواسه .

ولا بأس أن يتزود منها إذا خشى أن لايجدها فإن لم يمكنه أن يتزود منها حل الشبع منها ما لم يمكنه ترك السفر ﴿ ويقدم ﴾ وجوبا ﴿ الأخف فالأخف ﴾ عنـد الاضطرار ولا يعدل إلى الأغلظ تحريما مع وجود الاخف فمن أبيح له الميتة قدم ميتة المأكول ثم ميتة غيره ثم ميتة الكلب ثم ميتة الخنزير ثم ميتة الدب ثم الحربى حيا المكلف الذكر بعد الذبح بضرب العنق الشرعى أو ميتا ثم ميتة الذمى ثم ميتة المسلم ثم مال الغير بنية الضمان ثم دابة حية له غير المأكولة بعد ذبحها ثم دابة لغيره بنيـة الضمان . ﴿ إلى بضعة منه ﴾ أى من نفسه حيث لايخاف من قطعها مايخاف من الجوع ﴿ وندب حبس الجلالة قبل الذبح ﴾ أياما على ما يرى من غير توقيت حتى تطيب أجوافها فان كانت لا تعلف إلا من العذرة كره أكلها إن كان الجل أكثر أو استوى هو والعلف فترك الحبس مكروه وإن كان العلف أكثر فتركه غير مكروه فان ظهر فى لحمها ريح ما جلت أو شربت خمرا أو غيره حرمت ولا تطهر إلا بالغسل مع استعمال الحاد . ﴿ وإلا ﴾ تحبس الجلالة ﴿ وجب ﴾ على الذابح ﴿ غسل المعاء ﴾ وحل أكلها إلا أن يبقى أثر النجاسـة حيث لم يستحل فيه ماجلت استحالة تامة لأنه يصير مستخبثا فلا يحل أكلها وأما طهارة كرشها وأمعائها فالعبرة فيه بزوال النجاسة سواء حبست أم لم تحبس فما بقى فيها أثر النجاسة لم يحل أكلها ولو غسلت

مادام الأثر لأنها تستخبث وان لم يكن مستخبثا غسل بالحاد ﴿ كبيضة الميتة ﴾ يعنى فانه يجب غسلها بناء على أنها تؤكل بقرشها أو خشى التنجيس .

﴿ ويحرم شم المغصوب ﴾ من المشمومات مسكا أو نحوه على غاصبه وان لم يقصد وعلى غيره إذا قصد شمه فان لم يقصد لم يأثم ولا يجب سد أنفه . فلو غصب رجل بخورا وألقاه فى النار وتبخر به غيره فضمانه على الملقى قال فى الغيث ولا يرجع على المتبخر بشىء لأن قرار الضمان على الملقى ﴿ ونحوه كالقبس ﴾ أى ونحو شم المغصوب أن يقتبس جمراً أو لهباً من نار مغصوبة أو يصطلى بها وكذا الخبز فى تنور حطبه مغصوب ﴿ لا نوره ﴾ وهو الاستضاء بنور النار التى حطبها مغصوب والسراج الذى سقاه مغصوب فهو غير معصية لأنه لم ينتفع بشىء من المغصوب وأجزاء الهواء اكتسبت من أجزاء النار اللون فقط وكذا يجوز الاستظلال بفناء المغصوب . أو النظر فى المرآة المغصوبة إذ لا ينفصل منها شىء.

﴿ ويكره ﴾ أكل خمسة أشياء كراهة تنزيه .

❀ الأول ❀ ﴿ التراب ﴾ إلا أن يضره فيحرم وكذا السموم وغير ذلك مما فيه ضرر على الآكل وقد يحرم على شخص دون شخص نحو أن يكون فى شخص علة وكان أكل البقول أو القات أو نحوها يضره حرما عليه .

﴿و﴾ ❀الثانى❀ ﴿ الطحال ﴾ لما روى فى الشفا عن أمير المؤمنين على عليه السلام « الطحال لقمة الشيطان » يعنى يسر بأكلها . ﴿ و﴾ ❀ الثالث ❀ ﴿الضب﴾ وهو الورَل : حيوان من الزحافات شبيه بالحرذون ذنبه كثير العقد﴿و﴾ ❀ الرابع ❀ ﴿ القنفد ﴾ وهو دويبة ذات ريش حاد فى أعلاه يقى به نفسه إذ يجتمع مستديرا تحته والانثى قنفدة . ويوجد منه أنواع كثير وكنيته أبو سفيان ﴿ و ﴾ ❀ الخامس ❀ ﴿ الأرنب ﴾ لأن النبى صلى الله عليه وسلم عند أن أهديت إليه رأى فى حياها دما فردها وكرهنا ما كرهه صلى الله عليه وآله وسلم .

﴿ مسئلة ﴾ ويكره كراهة حظر مع قصد أذية الناس ولو واحدا وتنزيه مع عدم القصد — أكل الثوم والبصل والكرات لمن أراد حضور المساجد ومجتمعات الناس ولا يكره إذا لم يرد حضورها ولاتجوز صلاته فى مسجد ولا مع جماعة يتأذون بذلك وينتقض وضوؤه حيث قصد أذية أهل المسجد ويأتى مثل هـذا سـائر ما يتأذى به الناس .

﴿٣٤٢﴾ ﴿ فصل ﴾

﴿ و ﴾ اعلم أنه ﴿ يحرم كل مائع ﴾ وهو ما سال من مكانه كالزيت والخل ونحوهما ولو كثر غير الماء ﴿ وقعت فيـه نجاسة ﴾ ولو قلت كقطرة دم فى لبن ولو رفعت فى الحال وعلم أنها لم تباشر جميع أجزائه فإنه يحرم ﴿ لا جامد ﴾ كالزبدة والعجين ونحوهما وقعت فيه نجاسة فلا يحرم منه ﴿ إلا ما باشرته ﴾ النجاسة أى ما حولها لأنه لم يتنجس جميعه فتلقى النجاسة وما باشرته والباقى طاهر على أصله ، وأما إذا وقعت الفأرة حية فى طعام أو غيره وأخرجت منه وهى حية فإنه لم يتنجس وذلك لأن الفأرة وكل حيوان حى محكوم بطهارته غير الـكلب والخنزير والـكافر .

﴿ و ﴾ يحرم ﴿ المسكر[1] وإن قل ﴾ وبلغ فى القلة أى مبلغ والاعتبار بأن يكون

(١) ويحرم تعاطى كل ما يضر بالبـدن أو العقل حرمة شـديدة كالأفيون والحشيش والـكوكايين وجميع أنواع المخدرات الضارة والسموم . أما الخمر فيحرم شربه حرمة مغلظة لأنه من أخبث الخبائث وأشد الجرائم لمـا فيه من المضار الدينية والأخلاقية والبدنية والاجتماعية ، وقد ثبت تحريمه بكتاب الله تعالى وسنة نبيه صلى الله عليه وآله وسـلم وإجماع المسلمين قال الله تعالى : « يأيهـا الذين آمنوا إنمـا الخمر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من عمـل الشيطان فاجتنبوه لعلـكم تفلحون . إنما يريد الشيطان أن يوقع بينـكم العداوة والبغضاء فى الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن الصلاة فهل أنتم منتهون » . وفى هذه الآية الـكريمة عشر دلائل على تحريم الخمر فهى من أبلغ الزواجر وأشدها ، وإليك بيانها :

جنسه مسكراً نياً كان أو مطبوخاً من عنب أم من غيره من زبيب أو تمر أو حنطة أو غير ذلك ﴿ إلا لعطش متلف ﴾ أو نحوه فإنه يجوز له منه ما يسد رمقه ومن غص بلقمة وخشي التلف ولم يجد ما يسوغها إلا البول أو الخمر فإنه يجوز له أن يسوغها ويقدم البول على الخمر ﴿ أو إكراه ﴾ على شربها فإنه يجوز له .

﴿ و ﴾ يحرم ﴿ التداوي بالنجس ﴾ كالبول والدم ولبن الحمير ونحو ذلك بل وكلما أجمع على تحريمه فإنه لايجوز التداوي به كالخمر ولايدواء فيه أي شيء نجس لا ابتلاعه ولا احتقانه ولا وضعه في الفم أو الأذن أونحو ذلك . « فإن قيل » كيف بمن أدمن

« أولا » قد نظمت في سلك الميسر والأنصاب والأزلام فتكون مثلها في الحرمة . «ثانيا» سميت رجساً والرجس معناه المحرم . « ثالثا » عدها من عمل الشيطان . « رابعا » أمر باجتنابها « خامسا » علق الفلاح باجتنابها . « سادسا » ارادة الشيطان إيقاع العداوة بها . « سابعا » إرادته إيقاع البغضاء . « ثامنا » إرادته إيقاع الصد عن ذكر الله . « تاسعاً » إرادة الشيطان إيقاع الصد عن الصلاة . « عاشراً » النهي البليغ بصورة الاستفهام في قوله فهل أنتم منتهون وهو مؤذن بالتهديد .

أما السنة فهي مملوءة بالأحاديث الدالة على تحريم شرب الخمر والتنفير من القرب منه وكفى فيه قوله صلى الله عليه وآله وسلم : « لايزني الزاني حين يزني وهو مؤمن ولا يشرب الخمر حين يشربها وهو مؤمن » وقوله صلى الله عليه وآله وسلم « لعن الله الخمر وشاربها وساقيها وبائعها ومبتاعها » أي مشتريها « وعاصرها ومعتصرها » أي طالب عصرها « وحاملها والمحمولة إليه وآكل ثمنها » بالمد آخذه. وخص الأكل لأنه أغلب وجوه الانتفاع . رواه أبو داود والحاكم عن ابن عمر وهو حديث صحيح . وقوله صلى الله عليه وآله وسلم : « اجتنبوا الخمر فانها مفتاح كل شر » رواه الحاكم والبيهقي في شعب الايمان عن ابن عباس وهو حديث صحيح أيضا .

وقد أجمع المسلمون وأئمتهم أولهم وآخرهم على تحريم الخمر وانها من أرذل الكبائر ، ولم يخالف في ذلك أحد منهم وقد بين النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن كل ما أسكر كثيره فقليله حرام ولو لم يسكر ولفظ الحديث : « ما أسكر كثيره فقليله حرام » رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه والبيهقي . فأما مضاره الأخلاقية والبدنية والاجتماعية : فاعلم * « لو عرف ما تنزله به المسكرات من المحن قبل الإقدام على شربها لنفرت منها نفسه كما تنفر من السم الزعاف . كيف لا وهي توهن جسده وتضعف بصره وتطفئ شعلة ذهنه وتجعله شرس الطباع خائر العزيمة فاتر الهمة

(*) من هنا إلى نهاية البحث نقلا عن السنابل للأديب العلامة «الخوري» مع بعض تصرف وزيادة اه

على شرب الخمر أو أى شيء من المخدرات كالأفيون ونحوه ولو أكلاً أو غير ذلك حتى إذا تركه خشى على نفسه الضرر أو التلف أو الوقوع فى محذور أشد من ذلك سواء كان

بل تفسد فى الجملة دينه ودنياه ، وتعرض أسرته لأشد النوازل وأفتك الآفات بل هى مفتاح كل شر ، وإذا نظرت إليه وجدته متلجلج اللسان محمر العينين مياد الرأس يكاد يغشى عليه كثير الكلام ثرثاراً يتكلم بما لا يريد إفشاءه من الأسرار وكثيراً ما يتقيأ ما شربه أو يرى بنفسه فى أنجس الأماكن حتى تتقزز العين من مرآه فإذا حمل إلى بيته أوسع أسرته سباباً وشتما وتجديفاً وربما انهال عليها بالضرب .

على ان السكير يكون فى الغالب قصير الحياة يدركه العجز فى كهولته وهو معرض لعلل موبقة أهمها تصلب الشرايين وما يتفرع عنه من الأمراض القلبية والرئوية ولولم يكن للسكرات غير هذه الأضرار لكان التحرز من شربها فرضاً على من فيه مسكة من العقل ولكنها تتطرق مضارها إلى النفس والأخلاق فتعمى البصيرة وتفسد حكمها وتضرب سداً بينها وبين المدركات وتتناول الذاكرة فتمحوا من صفحاتها محفوظاتها السالفة وتذكاراتها الغابرة وتعجزها عن إذخار ما تريد إذخارة من المعقولات والمنقولات ثم إنها تجعل فى الطباع خشونة وشكاسة فيغضب السكير ويعربد من لا شيء ويتصور القبيح حسناً والحسن قبيحاً ويسمعك من أحاديث البطولة والحماسة ما يضحك الثكلى ، وكثيراً ما يسلق ندماءه بقوارص كلامه ولواذع لسانه ولا سيما إذا خالفوه فى رأيه .

ومما يزيد فى بلائه ان ضرر هذه العادة غير مقصور على السكير وحده بل ينتقل إلى ذريته فينشأ أولاده وحفدته بلهاء العقول مهازيل الأجسام سيئ الأخلاق والتصرف ضعفاء الإرادة والحافظة مناخيب سفهاء جبناء من اهل الأهواء معرضين للسل الرئوى ويكونون فى الغالب سكيرين لأن السكير لا يلد إلا سكيراً . ففى الحديث « الولد ثمرة القلب » لأن الثمرة تنتجها الشجرة والولد نتيجة الأب كما انه لاينجب ولد السكير ولو كان والده نجيباً .

وبعد ما سمعت ايها القارئ ما سمعت من عواقب المسكرات الوخيمة فلا تعجب إذا اتفق الدين والعقل على تحريم المسكرات إذ تقوض اركان المجتمع وتفصم عرى الوئام بين اعضاء الأسرة وتفسد الأخلاق وتذيب الأجسام وتضعف الأذهان وتتلف النسل وتثير بركان الشهوات وتحمل على ارتكاب المعاصى والمنكرات ، وهل من داء على الدين والدنيا ادوأ من هذا الداء الدوى ، وهل من جناية افظع من جناية الآباء إذا شربوا المسكرات واتزلوا بنفوسهم ونفوس بنيهم كل هذه البلايا . . . الا فليتقوا الله فى انفسهم وفلذات اكبادهم وإلا كانوا اعدى من الضوارى واصلب من الجلامد ، وما اشد ما يكون عقابهم يوم يناقشون الحساب ويصب على رؤوسهم العذاب . يوم لا ينفع مال ولا بنون إلا من أتى الله بقلب سليم » اهـ .

فى الحال أوالاستقبال فهل يجوز له التداوى من ذلك بما يدفع عن نفسه الضرر أو الهلاك أم لا فيهلك . « قلت » أما مدمن الخمر فيجب عليه تركه سواء خشى على نفسه الضرر أو الهلاك أو غير ذلك فى الحال أو بسببه فى المستقبل . وأما مدمن أى المخدرات كالأفيون ونحوه فتى خشى التلف بتركه جاز له استعمال مايسد رمقه فى حال الضرورة فقط .

﴿ و ﴾ كما لا يجوز التداوى بالنجس يحرم علينا ﴿ تمكينه غير المكلف ﴾ فلا يجوز أن تسقى البهائم والطير نجساً ولا متنجساً ﴿ و ﴾ لا يجوز ﴿ بيعه ﴾ ولا هبته بعوض . ﴿ و ﴾ لا ﴿ الانتفاع به ﴾ بأى صفة ﴿ إلا فى الاستهلاك ﴾ كطم البئر وتسجير التنور ووضعه فى أرض الزراعة أوهبته والتصدق به والنذر بغير عوض فيجوز

﴿ مسئلة ﴾ ويعفى عن مباشرة الأرض المتنجسة من دون انتعال بعد وقوع المطر لأنه يؤدى إلى إتلاف مال ما لم يخش على نفسه الضرر أو حدوث علة فيجب عليه أن يتوقى ذلك بانتعاله أو غير ذلك .

﴿ و ﴾ يحرم ﴿ استعمال آنية الذهب والفضة ﴾ للرجال والنساء فيحرم على المرأة الرتق بمحك الذهب والفضة . وفى علة التحريم وجهان هل لعين الذهب والفضة أم للخيلاء ــ المذهب الأول ، وفائدة الخلاف تظهر حيث يكون ثم إناء من ذهب أو فضة فيطلى برصاص أو نحاس فمن جعل العلة الخيلاء وهو خلاف المذهب فقد زال التحريم ومن علل بالعين الجنس فالتحريم باق كما هو المقرر للمذهب . ﴿ و ﴾ يحرم استعمال الآنية ﴿ المذهبة والمفضضة ﴾ إذا عمّ الاناء وكان ينفصل فإن كان فى بعضه فاليسير يحل كالضبة فى السيف والشفرة والخنجر والقصعة ومايجبر به الكسر ، أو كان مستهلكا لا ينفصل كالمموه فذلك جائز ﴿ ونحوها ﴾ وهو ما أشبه الذهب والفضة فى النفاسة كالجواهر واليواقيت فإنه لا يجوز استعماله لا فص الياقوت ونحوه فجائز لأنه ليس بآلة ولا لباس فأشبه الموضوع للتجمل . وأما العقيق والمرجان فيجوز استعمال

آنيتهما لبقائهما على أصل الإباحة .

﴿ و ﴾ يحرم على الرجال استعمال فوق ثلاث أصابع من ﴿ آلة الحرير إلا النساء ﴾ فيجوز استعمال أكثر من ذلك كما يجوز لبسه فأما ثلاث أصابع فما دون كالتكة والجديلة وما أشبههما فيجوز استعمالا ولبساً للرجال والنساء .

﴿ ويجوز ﴾ استعمال ﴿ ما عدا ذلك ﴾ أى ما عدا الذهب والفضة والمذهبة والمفضضة ونحوها . وآلة الحرير وذلك كالرصاص والنحاس والشبه وهو النحاس الأصفر ونحو ذلك من المعادن فانه يجوز استعمال آنيتها . ﴿ و ﴾ كذلك يجوز ﴿ التجمل بها ﴾ أى بالآنية التى يحرم استعمالها كأن تترك فى المنزل أو المرض ليتجمل بها عند من يراها ويعفى عن اليسير كتطريز الثوب والقميص بالذهب .

﴿٣٤٣﴾ ﴿ فصل ﴾

فى الولائم المندوبة وما يندب فى حال الأكل والشرب . والوليمة فى اللغة لطعام العرس خاصة فلا تطلق على غيره حقيقة . ﴿ و ﴾ اعلم انه قد ﴿ ندب فى الولائم التسع ﴾ المأثورة قال الإمام عليه السلام وقد جمعناها فى قولنا :

عرس وخرس وإعذار ومأدبة   ونكيرة مأتم عقيقة وقعت
نقيمة ثم إحذاق فجملتها   ولائم هى فى الإسلام قد شرعت

﴿ أما الأولى ﴾ فهى وليمة عقد النكاح[1] ووليمة الدخول على الزوجة .

﴿ والثانية ﴾ الخرس وهى وليمة الولادة .

﴿ والثالثة ﴾ الاعذار وهى وليمة الختان .

---

(١) ويقال له ايضا شندخ بضم الشين المعجمة وسكون النون وفتح الدال مأخوذ من قولهم فرس مشندخ اى يتقدم غيره فسمى به ذلك الطعام لأنه يتقدم على العقد وعلى الدخول اه من كتاب الفقه على المذاهب الأربعة .

﴿ الرابعة ﴾ المأدبة وهى التى لاجتماع الإخوان .

﴿ والخامسة ﴾ الوكيرة : وهى التى للانتقال إلى الدار عقيب شراء أو بناء لا إجارة أو عارية .

﴿ والسادسة ﴾ المأتمة : وهى التى لأجل الموت والمستحب أن يصنع لأهل الميت طعام لشغلهم بميتهم .

﴿ والسابعة ﴾ العقيقة : وهى يوم سابع المولود .

﴿ والثامنة ﴾ النقيعة : وهى التى للقادم من سفره .

﴿ والتاسعة ﴾ الإحذاق : وهو مايتخذ من الطعام عند أن يتحذق الصبى بالكلام أو عند ختم القرآن فهذه الولائم كلها مندوبة فيولم لكل منها بشاة فإن اجتمعت ولو فى أسبوع واحد كفت شاة واحدة لجميعها إلا العقيقة فكما تقدم .

﴿ و ﴾ يندب فى الوليمة وغيرها من الضيافات ﴿ حضورها ﴾ لقول النبى صلى الله عليه وآله وسلم : « إذا دعى أحدكم إلى الوليمة فليأتها » رواه البخارى ومسلم عن ابن عمر رضى الله عنهما . وإذا قال الرسول أمرنى فلان أن أدعوك ندبت الإجابة وأن ينوى المجيب اتباع السنة لا قضاء وطره من الطعام لا ان قال ادعُ من لقيت ونحوه فلا تندب الإجابة . ومن آداب الواصل إلى مجالس الناس أن يقف حيث انتهى به المجلس ولا يتخطى الناس إلى الموضع الذى يريده ما لم يكن معلوماً باسمه أو يأمره صاحب البيت بالجلوس فى موضع امتثل أمره ما لم يكن فيه انحطاط مرتبته .

وإنما يستحب حضور الولائم بشروط سبعة :

﴿ الأول ﴾ حيث عمت الفقير والغنى ممن يراد حضورهم كالجيران وأهل المحلة والحرفة ويتبع فى ذلك العرف ، وليس الغرض من هذا أن يدعو الناس جميعاً بل الغرض أن لا يقصر دعوته على الأغنياء ملقاً ونفاقا ومفاخرة ورياءً ويترك جيرانه وأقاربه الفقراء لأن هـذه الحالة لا يقرّها الدين ما لم يكن الأغنياء جيرانه أو أهل حرفته فلا ضير .

﴿ والثانى ﴾ حيث تكون فى اليوم الأول والثانى ﴿ ولم تعد اليومين ﴾ لقوله صلى الله عليه وآله وسلم « الوليمة أول يوم حق والثانى معروف والثالث رياء وسمعة » رواه أبو داود وابن ماجه وغيرهما ما لم يكن السبب فى اليوم الثالث غير الأول فيستحب الحضور .

﴿ و ﴾ ﴿ الثالث ﴾ أن ﴿ لا ﴾ يكون هناك ﴿ منكر ﴾ فلو صحب الوليمة منكر لم يجز حضورها إلا لإزالته أو تقليله إن أمكنه فيجب الحضور .

﴿ رابعا ﴾ أن يعين الداعى من يدعوه بنفسه أو برسوله أو بكتابه .

﴿ خامسا ﴾ أن لا يدعوه لخوف منه أو لطمع فى جاهه أو إعانته على باطل .

﴿ سادسا ﴾ أن لا يكون الداعى فاسقا أو شريراً .

﴿ سابعا ﴾ أن لا يكون أكثر مال الداعى حراما .

﴿ و ﴾ ندب أيضا ﴿ إجابة المسلم ﴾ إذا دعى إلى طعامه وإن لم يكن معه وليمة ﴿ و ﴾ إذا اتفق داعيان أو أكثر فيستحب له إجابتهم جميعا لكن يندب له ﴿ تقديم ﴾ إجابة ﴿ الأول ﴾ من الداعين مع إجابة الثانى ﴿ ثم ﴾ إذا استويا فى وقت الدعاء لكن أحدهما أقرب إليه نسبا ندب له تقديم ﴿ الأقرب ﴾ إليه ﴿ نسبا ثم ﴾ إذا استويا قربا وبعداً قدم الأقرب إليه ﴿ بابا ﴾ إلى بابه لا إلى باب الداعى ثم إذا استويا فى قرب الجوار قرع بينهما .

﴿ و ﴾ ندب ﴿ فى ﴾ هيئات ﴿ الأكل سننه العشر ﴾ المأثورة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم .

﴿ الأولى ﴾ غسل اليد قبل أكل الطعام وبعده آكد مع غسل الفم سواء كان الطعام مأدوماً أم لا .

﴿ الثانية ﴾ أن يسمى الله فى الابتداء جهراً ليذكر من نسى فإن ترك التسمية

فى أوله سمى فى أثنائه وقال بسم الله أوله وآخره ، وينبغى أن يسمى كل واحد من الآكلين فإن سمى واحد منهم أجزأ عن الباقين نص عليه الشافعى رحمه الله .

﴿ الثالثة ﴾ البروك على الرجلين فى حال القعود . قال فى الانتصار كان رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم يجلس على حالين الأولى أن يجعل ظهر قدميه إلى الأرض ويجلس على بطونهما ، الثانية أن ينصب رجله اليمنى ويفترش فخذ رجله اليسرى .

﴿ الرابعة ﴾ الأكل بيمينه وبثلاث من أصابعها لأن الأكل بالأربع حرص وبالخمس شره وجشع وهما أشد الحرص وبالثنتين كبر وبالواحدة مقت فإن كانت العادة الأكل بالملاعق أكل بها ولا يأكل بأصابعه حيث تلحقه مذمّة ، وكذا لو كانت العادة الأكل على الكراسى .

﴿ والخامسة ﴾ أن يأكل من تحته إلا الفاكهة ونحوها فله أن يتخيّر حيث لا تلحق الآكل على هذه الهيئة مذمة فإن لحقه مذمة فى جولان يده أكل مما يليه أو لحقته مذمة فى الأكل مما يليه أكل من أى الجوانب شاء إذا كان منفرداً فإن كان معه غيره أكل مما تحت يده إلى وسط الإناء ولا يأكل من تحت يد صاحبه . وعلى الجملة حيث يخشى المذمة بهيئة من الأكل تركها وإن كانت سنة لأن الذم مضرة ويجوز ترك السنن للمضرة .

﴿ والسادسة ﴾ أن يصغر اللقمة .

﴿ والسابعة ﴾ أن يطيل المضغ .

﴿ والثامنة ﴾ أن يلعق أصابعه إذا كان مما يعلق بالأصابع بعد كل فعل إلا أن يكره الحاضرون فلا يندب بل يكره .

﴿ والتاسعة ﴾ أن يحمد الله سراً عند فراغه من الأكل فإن فرغوا جميعاً فلا بأس أن يجهر بالحمد لارتفاع العلة المقتضية للإسرار .

﴿ والعاشرة ﴾ الدعاء بعد الأكل لنفسه وللمضيف بالمأثور فى ذلك .

﴿ و ﴾ ندب ﴿ المأثور في الشرب ﴾ وهو أمور : منها التسمية ، ومنها أخذ الإناء بيمينه ، ومنها أن يشرب قاعداً ، ومنها أن يشرب ثلاثة أنفاس ، ومنها أن يمصه مصًّا ولا يعبه عباً ومنها إذا شرب وأراد أن يسقي أصحابه فإنه يبدأ بمن عن يمينه ثم يدير الإناء حتى ينتهي إلى من بشماله إلا أن يكون عنده صبي قدمه .

﴿ و ﴾ ندب في الأكل والشرب ﴿ ترك المكروهات فيهما ﴾ : أما المكروهات في الأكل فأمور منها : الأكل باليسار ، ومنها : الأكل مستلقياً أو متكئاً على يده ، ومنها أكل ذروة الطعام وأكل الحار ، ويكره نظر الجليس حال إدخال اللقمة وكثرة الكلام وكثرة السكوت . قال في الأذكار عن الغزالي : « من آدابه أن يتحدثوا بالمعروف ويكون بحكاية الصالحين » ويكره استخدام العيش بغير اللحم والخضرة كالبقل ونحوه والمكروه كأن يمسح يديه أو شفتيه ويكره أيضاً استخدام الضيف ولو أدنى من الضيف ، وأما المكروه في الشرب فهو نقيض المندوب وأن لا يتنفس في الإناء أو ينفخ فيه .

﴿٣٤٤﴾ ﴿ باب اللباس ﴾

﴿ مسئلة ﴾ يندب للرجال التجمل في الجيد النظيف من الثياب والبياض أفضل ويكون من الوسط الذي لا يلام على لبسه لجودته ولا لرداءته . وقد أرشدنا الرسول صلى الله عليه وآله وسلم إلى التجمل فقال : « أحسنوا لباسكم وأصلحوا رحالكم حتى تكونوا كأنكم شامة في الناس » رواه الحاكم في مستدده عن سهل ابن الحنظلية .

﴿ فرع ﴾ والسنة في الإزار والقميص أن يكونا إلى نصف الساق ولا بأس بالزيادة إلى ظهر القدم ذكره في الاحكام وما نزل عنه فنهي عنه إلا في حال الصلاة فيجوز ويكره إلى الأرض .

﴿ فصل ﴾

فى بيان مايحرم من اللباس وما يحل ﴿ يحرم على الذكر ﴾ والخنثى ﴿ ويمنع الصغير ﴾ والمجنون ﴿ من لبس الحلى ﴾ لاخلاف أنه يحرم على الذكر المكلف لبس الحلى . وإنما الخلاف فى وجوب منع الصغير من ذلك فالمذهب أنه يجب منعه ولا يجوز إلباسه ﴿ وما فوق ثلاث أصابع ﴾ عرضا لاطولا إن كان طوله بطول الثوب ﴿ من حرير خالص ﴾ فانه يحرم على الذكر ويمنع الصغير منه — لا الثلاث فادون فيحل لبسها واستعمالها سواء كانت منفردة أو ملصقة بنسيج أو خياطة.

﴿ فرع ﴾ حكى العلامة أحمد بن سعيد الهبل رحمه الله عن والده أن المذهب الحرير الذى فى العمائم يجوز لبسها لأمرين :

أحدهما أن الاتصال بكل خيط على انفراده معفو عنه .

الثانى : أنهما كالموضوع غير المستعمل. وكذلك تجليد الكتب بالأحمر يجوز لأنه كالموضوع .

﴿ لا ﴾ إذا لم يكن حريراً خالصاً بل انه ﴿مشوب﴾ بقطن أو صوف ﴿ فا ﴾ لمحرم منه ا ﴿ لنصف فصاعدا ﴾ والعبرة بالوزن لا بالمساحة هذا قول الهادى فى الأحكام وهو المذهب سواء كان الحرير لحمة وهو الذى ينسج عرضاً بين السدى أو سدًى وهو مامدّ من خيوطه طولاً أو كان الحرير مشوباً بهما فالعبرة أيضاً بالنصف فصاعدا فيما كان مشوباً كالنسيج ونحوه لا بالالصاق فيعتبر بالأصابع فما كان ثلاث أصابع فما دون جاز لبسه واستعماله فلو فصل بين كل ثلاث أصابع من الحرير قدر إصبع من القطن حتى أكمل ثوباً جاز لبسه لا لو ألصق قدر ثلاث أصابع حرير إلى مثلها حرم لبسه واستعماله على الرجال لا النساء .

﴿ و ﴾ كذا يحرم على الذكر ويمنع الصغير من لبس واستعمال فوق ثلاث أصابع

﴿ من المشبع صفرة وحمرة ﴾ ولو من أصل الخلقة أو من الجلود المصبوغة ﴿ إلا ﴾ أن يلبس الذهب والفضة والحرير والمشبع صفرة وحمرة ﴿ لإرهاب ﴾ العدو الذى تجوز محاربته سواء كان جهاداً عاماً أو خاصاً مهما كان يحصل به الإرهاب للعدو وسواء كانت الحرب قائمة أو هدنة فإنه يجوز . ﴿ أو ﴾ لبس الحرير لأجل ﴿ضرورة﴾ إما الحكة فى بدنه أو لعدم غيره فى الميل فإنه يجوز ﴿ أو فراش ﴾ فإنه يجوز للرجال والنساء افتراش الحرير والصلاة عليه والجلوس على الوسائد المحشوة بالقز ولو كان الظاهر حريراً وأما الدف بالحرير فلا يجوز لأنه من الاستعمال ﴿ أو جبر سنّ ﴾ بالذهب أو الفضة إذا انكسر أو إبداله إذا انقلع أو جبر أنملة ﴿ أو أنف ﴾ ضبب بالذهب ولو بجيمه والفضة أحب فإنه يجوز وما سقط من الأسنان فلا يجوز ردها وما رخى منها شد بفضة ﴿ أو حلية سيف ﴾ أو نحوه ﴿ أو طوق درع ﴾ وهو الفقرة ﴿ أو نحوها ﴾ فإنه يجوز أن يحلى السيف بالفضة أو الذهب لكن الذهب يكره وكذلك طوق الدرع ونحوها الثفر الذى تحت الذنب واللجام واللبب واختلف المتأخرون فى علة ذلك ، فالمنصور بالله وغيره عللوا بأنه لأجل الحرب ، والمذهب جوازه مطلقاً لأنه كالتجمل به .

﴿ فرع ﴾ ويجوز أن يحلى الحزام والركاب بذهب أو فضة ، وكذا ضبة القدح والقصعة وضبة الشفرة والدواة وأن يكتب بماء الذهب .

﴿ و ﴾ كذا يحرم على الذكر ويمنع الصغير ﴿ من خضب غير الشيب ﴾ بالحناء فقط ، فأما الشيب فيجوز وتركه أفضل .

﴿ وحاصل الكلام ﴾ فى خضاب اليدين والرجلين ، وكذا سائر البدن من الذكر المكلف بالحناء أن نقول لا يخلو إما أن يفعله لحاجة إليه من منفعة أو دفع مضرة أو لا ، فإن فعله لحاجة فلا خلاف فى جوازه وإن فعله لمجرد الزينة فالمذهب تحريمه لأنه مختص بالنساء ويمنع الصغير منه كالحلى .

﴿ مسئلة ﴾ ويستحب للنساء الخضاب فى الأيدى والأرجل والشعر والأنامل وتسويد الأظفار[1] والتجمل بالجيد من الثياب وإرخاء القميص ليستر القدمين ولو انسحب على الأرض ، وكذا يستحب لهن لبس القلائد فى الرقبة ونحوها من أنواع الحلية على ماجرت به العادة فى كل بلد بعادة أهلها ولو من الخرز والزجاج ، وصلاتها بالقلادة أفضل من صلاتها خالية عنها للأثر الوارد فيه .

﴿ فرع ﴾ وأما صباغ الشيب بالسواد فلا يجوز للرجال .

﴿ مسئلة ﴾ ويحرم لبس السواد عند المصيبة إظهاراً للجزع ، وكذا مايشبه ذلك من ترك الزينة عند المصيبة فإنه لا يجوز .

﴿٣٤٥﴾ ﴿ فصل ﴾

فى بيان ما يجب غض البصر عنه وما يتعلق بذلك ﴿ ويحرم على المكلف ﴾ ولو خنثى ﴿ نظر الأجنبية الحرة ﴾ مسلمة كانت أم كافرة حربية أم ذمية حية أم ميتة ، وكذا سماع صوتها المؤدى إلى الفتنة لا ما أبين منها إذ هو كغيره من الجمادات فيجوز النظر إليه ما لم تقترن به شهوة ولا يلزم فى الميتة إذ هى مضنة الشهوة لقوة شبهها بالحى بخلاف المبان . فلا يجوز للبالغ العاقل أن ينظر إلى امرأة حرة ليست زوجه ولا محرما وسواء فى ذلك الوجه وغيره ، وأما أمته المزوجة وأمة غيره فلا ينظر إلى مابين الركبة والسرة ولا يمس ولا غير ذلك مع الشهوة لما رواه الطبرانى فى الكبير عن علقمة ابن الحويرث ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « زنا العينين النظر » .

---

(١) قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم لامرأة يحثها على التخلق بأخلاق النساء : « لو كنت امرأة لغيرت أظفارك بالحناء » رواه احمد فى مسنده والنسائي عن عائشة رضى الله عنها وسببه كما فى النسائى عن عائشة أيضاً أن امرأة مدت يدها إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم بكتاب فقبض يده فقالت يارسول الله مددت يدى إليك بكتاب فلم تأخذه فقال إنى لم أدر أيد امرأة أو يد رجل فقالت بل يد امرأة فقال لو كنت ، فذكره اهـ .

وإنما يحرم نظر الأجنبية الحرة ﴿ غير الطفلة والقاعدة ﴾ وهي التي لا تشتهى للهرم فلا حرج في رؤيتها لأن عورتها مع الرجال كعورة المحرم مع محرمها . لا لو كانت لا تشتهى لجنونها أو مرض أو جذام أو نحوه فيحرم النظر إليها . وأما الصغار الذين لا تعلق بهم الشهوة من الذكور والاناث فيجوز النظر إليهم ولو إلى عوراتهم ولا يلزم المكلف حفظ عورته من صبي لا يميز العورة كالبهيمة .

﴿ إلا ﴾ لعذر كتولي الحد والقصاص والتعزير وإنقاذ الغريق و ﴿ الأربعة ﴾ وهم الشاهد ، والحاكم ، والخاطب . فإن هؤلاء الثلاثة مع الأربعة قبلهم يجوز لهم النظر إلى وجه الأجنبية وكفيها ، والرابع الطبيب فيجوز له النظر إلى موضع المعالجة من بدنها في أي موضع كان بشرط ألا توجد امرأة تعالجها وأن يخشى عليها التلف أو الضرر وأن يؤمن الوقوع في المحظور وهو الزنا . فإن لم يؤمن لم يجز ولو خشي تلفها ، وأما إذا كانت مقارنة الشهوة فقط وهي التلذذ فيجوز كما يأتي إن شاء الله تعالى في « غالبا » آخر فصل ٣٤٦ .

﴿ و ﴾ يحرم على المكلف أيضا ﴿ من المحرم ﴾ من نسب أو رضاع أو صهارة نظر العورة ﴿ المغلظة ﴾ منها ﴿ و ﴾ كذا نظر ﴿ البطن والظهر ﴾ وهو ما حاذى البطن والصدر ويحرم النظر إلى ماتحت الإبط تغليباً لجانب الحظر ويجوز له النظر إلى مواضع الزينة منها مما عدا ذلك : وهي اليدان إلى المنكبين والرجلان إلى الركبتين والصدر والثديان والرأس وشعره . وما جاز النظر إليه من المحارم جاز غمزه ولمسه ودهنه ، وكل ذلك مع عدم الشهوة .

فهذه عورة المرأة مع محرمها . وأما عورته معها فكعورة الرجال مع الرجال لعادة المسلمين أنهم لايسترون ظهورهم ولابطونهم عن محارمهم ، وكذا عورة الأمة والمدبرة وأم الولد والمكاتبة كعورة الرجل مع الرجل إذا أمن على نفسه الشهوة .

﴿ و ﴾ كما يحرم نظر هذه الأعضاء من المحرم يحرم ﴿ لمسها ولو بحائل ﴾ إذا كان

رقيقا يدرك معه حجم الجسم فأما إذا كان غليظاً لا يدرك معه حجم الجسم جاز أن يلمس ما يحرم لمسه ، وهذا بخلاف عورة الجنس مع جنسه فلا فرق بين المغلظ وغيره فى جواز لمسه مستوراً بحائل رقيق ولو لغير حاجة أن يلمس ما يحرم لمسه ﴿لضرورة﴾ من علاج أو نحوه كإركاب المحرم أو إنزالها وإدلائها فى القبر وإنقاذها من الغرق فانه يجوز ولا خلاف فيه .

﴿ و ﴾ كما يحرم نظر الأجنبية يجب ﴿ عليها غض البصر كذلك ﴾ أى يجب عليها غض بصرها عن نظر الأجنبى غير الطفل والشيخ الهم ولو لغير شهوة . وكذا يجب على الأجنبى المكلف غض بصره عن نظر الأجنبية الحرة غير الطفلة والقاعدة .

﴿ و ﴾ يجب عليها ﴿ التستر ممن لايعف ﴾ أى لايغض بصره ولا يجب على الرجل التستر من مرائى النساء بل يجب عليه غض بصره .

﴿فرع﴾ ويستحب للنساء أن يستترن عن النساء الدوارات لئلا يتطبعن بطباعهن الساقطة ويستحب للرجال منع دخول مثل ذلك إلى بيوت النساء ولا سيما من عرفت من الدوارات بسقوط أخلاقها .

﴿ و ﴾ يجب عليها أيضاً التستر ﴿ من صبى ﴾ بلغ حداً ﴿ يشتهى أويشتهى ولو ﴾ كان ذلك الصبى خصياً أو عنيناً أو خنثى أو ﴿ مملوكها ﴾ فإن حكمه حكم الحر فى التحريم لأنه شخص يجوز أن يتزوج بها فى حال فكان كالأجنبى ، وكذا يجب على ولى الصغيرة التى تَشتهِى أو تُشتهى أن يحجبها كذلك .

﴿ ويحرم ﴾ على المرأة والرجل ﴿ النمص ﴾ وهو نتف شعر العانة لأن المشروع حلقه إلا أن يحلق بالنورة وكذا يحرم نتف شعر اللحية والشارب لا الأنف فجائز .

﴿ و ﴾ يحرم عليهما ﴿ الوشر ﴾ وهو تفليج الأسنان ﴿ والوشم ﴾ وهو غرز ظهر الكف أو الشفة أو نحوهما من البدن بإبرة حتى يسيل الدم ثم يحشى ذلك الموضع بالكحل والنورة فيخضر ونحو ذلك . قال فى الثمرات للفقيه يوسف: وأما نقش المرأة

وجهها بالحبر ونحوه من غير غرز الجسد بالإبرة فجائز كما لو خضبت بالزعفران ونحوه ﴿ والوصل ﴾ وهو أن تصل المرأة شعرها بشعر ﴿ غير المحرم ﴾ فلا يجوز إلا ما يجوز لهما النظر إليه . ولا يجوز للزوج النظر إليه لشهوة إلا أن يكون من زوجته أو أمته لا من غيرهما هذا هو المختار للمذهب ، وقال فى الانتصار هذا محمول على ذات الريب التى يفعلن ذلك لغير أزواجهن . فأما ذوات الأزواج فجائز لهن هذه الأشياء .

﴿مسئلة﴾ ويجوز للأم ثقب أذن ابنتها للأقراط ولو بغير إذن الأب ﴿و﴾ يحرم ﴿ تشبه النساء بالرجال والعكس ﴾ فى الكلام والمشى واللباس ونحو ذلك ، وكذا يحرم التشبه بالكفار والفساق فيما يختصون به فى العادة .

﴿٣٤٦﴾ ﴿فصل﴾

فيما يجب ستره من الجسد ، ﴿ويجب﴾ على الجنس مع جنسه كالرجل مع الرجل والمرأة مع المرأة ﴿ ستر المغلظ من غير من ﴾ يجوز ﴿ له الوطء ﴾ وهو الرجل مع زوجه أو أمته الفارغة والمرأة مع زوجها فإنه لا يجب بينهما ستر العورة وإن كان مندوباً ولا تبدى المرأة للمرأة إلا ما يحل للرجل أن يبدى للرجل ﴿ إلا لضرورة ﴾ تدعو إلى كشف العورة ، ومن وجوه الضرورة القابلة فقد يجوز لها النظر إلى فرج المرأة فإن لم توجد قابلة أو خنثى جاز للرجل ذلك إذا خشى عليها التلف أو الضرر . ﴿و﴾ العورة المغلظة ﴿ هى الركبة إلى تحت السرة ﴾ فالسرة ليست بعورة عندنا .

﴿ وتجوز القبلة والمناق ﴾ وهو وضع العنق على العنق ﴿ بين الجنس ﴾ والمحارم فيجوز للرجل أن يقبل الرجل وأن يعانقه وكذا المرأة المرأة إلا الخنثى فلا يجوز .

﴿ فرع ﴾ ويحظر التقبيل فى الفم لغير الزوجين لشبهه بالاستمتاع ولم تجر به عادة عندنا إلا الوالد لطفله ويكره تقبيل القدم لما فيه من الكبر قيل إلا الإمام والعالم والوالدين

﴿ مسئلة ﴾ والابتداء بالسلام سنة عين للمنفرد وسنة كفاية للجماعة فإذا سلم

واحد منهم سقط عن الباقين ولـكن الأفضل أن يكون السلام منهم جميعاً ليحصل لـكل واحد ثواب السنة . والرد فيه فرض عين على المنفرد وفرض كفاية على الجماعة فإذا رد واحد منهم أجزأ عن الباقين ويجب أن يكون الرد فوراً فلو أخره لغير عذر يأثم وأن يكون مسموعاً لمن أتى السلام فإذا لم يسمعه لا يسقط الفرض فإن كان أصم فبما يفهم من إشارة وتحريك شفة ونحو ذلك . والسلام من ضروريات الإنسان ومميزاته التى يمتاز بهـا عن غيره من الحيوان ومن شعائر الإسلام ولهذا حث رسول الله صلى الله عليـه وآله وسلم على السلام فى كثير من الأحاديث : فمن ذلك ما رواه عبد الله بن عمر أن رجلاً سأل رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم أى الإسلام خير قال : « أن تطعم الطعام وتقرأ السلام على من عرفت ومن لم تعرف » رواه البخارى ومسلم وغيرهما . وقال عليه الصلاة والسلام : « لا تدخلوا الجنـة حتى تؤمنوا ولا تؤمنوا حتى تحابوا ألا أدلـكم على شىء إذا فعلتموه تحاببتم افشوا السلام بينـكم » رواه مسلم وغيره . وإذا أرسل غائب سلامه لآخر فإنه يجب عليـه أن يرد السلام ويستحب أن يبدأ فى رده بالرسول المبلغ فيقول وعليك وعليه السلام ، وكذا يجب الرد إذ أرسل له سلاماً فى كتاب . ويستحب أن يقول المبتدىء بالسلام : السلام عليكم ورحمة الله وبركاته فيأتى بضمير الجمع ولو كان المسلم عليـه واحداً فيقول المجيب وعليكم السلام ورحمة الله وبركاته فيأتى بواو العطف فى قوله وعليكم . ومن آداب السلام أن يبتدىء به السائر على الواقف والقائم على القاعد والمتنبه من النوم على اليقظان والراكب على السائر وراكب الفرس على راكب الاتان والقليل على الـكثير فإن استويا فالفضل للمبتدىء فلو ابتديا معاً فى حالة واحدة فالمختار أنهما يتساقطان .

﴿ فرع ﴾ ويكره القيام عند السلام لنهيه صلى الله عليـه وآله وسلم عن ذلك وإنما يحسن الابتداء بالسلام على من يحسن منه الرد لا على من لا يحسن الرد منـه كالمصلى والمؤذن والمقيم وقاضى الحاجة .

﴿ فرع ﴾ والانحناء عند السلام بدعة فيه كراهة شديدة وتشبه بالنصارى إلا أن يفعل عند النطق ليفهم المسلم عليه إذا كان بعيداً لا يسمع وحسب البعيد الإشارة باليد أولى من الانحناء .

﴿ فرع ﴾ وإنما يجوز السلام على المؤمنين لأنه دعاء بالسلامة من العذاب ويجوز الرد على الفاسق والذمى ، والسلام عند الانصراف مشروع ويجب الرد فيه ومن حَيَّى غيره بغير السلام المشروع وجب الرد فيه لعموم قوله تعالى : « وإذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها » ولم يفصل . وندبت المصافحة وهى إمساك الأيدى والإرسال ويستحب عند أبى طالب تقبيل الأكف حال المصافحة وهو المذهب وعند المؤيد بالله يكره .

﴿ ومقارنة الشهوة ﴾ وهى التلذذ ﴿ يحرم ما حل من ذلك ﴾ المتقدم ذكره فإن قارنت الشهوة رؤية المحارم أو لمسهن أو رؤية الحاكم أو الشاهد أو المعالج للأجنبية أو قارنت القبلة أو المعانق حرم ذلك كله لغير الزوجة والأمة الفارغة .

﴿ فرع ﴾ قال فى البيان وأما التفكر بالقلب فى المعاصى كالزنا ونحوه فإن كان يخشى منه الفتنة لم يجز وإلا جاز ذكره المؤيد بالله ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من صورة يجوز معها نظر الأجنبية لشهوة وذلك حيث يخشى عليها التلف أو الضرر إن لم يعالجها ولم توجد امرأة أو خنثى تعالجها ولم يمكنه العلاج إلا مع مقارنة الشهوة لرؤية أو للمس وأمن على نفسه الوقوع فى المحظور وهو الزنا فإن ذلك يعفى عنه ، فأما إذا خشى الوقوع فى المحظور لم يجز وإن خشى تلفها .

﴿٣٤٧﴾ ﴿فصل﴾

في الاستئذان

وهو على وجهين فرض : وهو على الداخل على غير الزوجين والأمة . وندب : وهو على الداخل عليهما . وقد أوضح ذلك عليه السلام بقوله ﴿ ولا يدخل على المحرم إلا بإذن وندب للزوج والسيد ﴾ سواء كان عادة النساء يستترن في بيوتهن أم لا فإنه يجب الاستئذان بنحو دق باب أو تنحنح وسواء كان الداخل رجلاً أو امرأة والمدخول عليه رجلاً أم امرأة والداً أم ولداً أو غيرهما ﴿ غالباً ﴾ احترازاً من المستدعى فإنه يدخل مع الرسول ولا يحتاج إلى إذن . ومن ذلك خوف سارق أو ظهور منكر أو إنقاذ غريق أو إطفاء حريق فلا يحتاج إلى إذن .

﴿ فرع ﴾ وليكن المستأذن متنحياً عن الباب ولا ينظر من خلاله لئلا يقع نظره على من لا يحل النظر إليه .

﴿ و ﴾ يجب أن ﴿ يمنع ﴾ الصبي ﴿ الصغير ﴾ أي الذي لم يبلغ الحلم حراً كان أومملوكا ﴿ عن ﴾ دخول البيت الذي يكون فيه ﴿ مجتمع الزوجين فجراً وظهراً وعشاء ﴾ لقوله تعالى « ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث مرات » إلى آخر الآية ، وأما البالغون من المماليك فحكمهم حكم البالغين من الأحرار في التحريم كما تقدم في قوله : « ويحرم على المكلف نظر الأجنبية » .

﴿ مسئلة ﴾ إذا بلغ الصبي أو الصبية عشر سنين وجب التفريق بينه وبين أمه وأبيه وأخيه وأخته وغيرهم في المضاجع ولايجوز أن يضاجع الرجل الرجل ولا المرأة المرأة مع الملاصقة أما إذا كان كل واحد في جانب من الفراش فيجوز والله أعلم .

تم بحمد الله تعالى طبع الجزء الثالث من كتاب : (التاج المذهب لأحكام المذهب) شرح متن الأزهار فى فقه الأئمة الأطهار . تأليف القاضى العلامة أحمد بن قاسم العنسى ، ويليه الجزء الرابع وأوله :

كتاب الدعاوى

فهرس الجزء الثالث من التاج المذهب

جدول صواب الخطأ للجزء الثالث من التاج المذهب

ص	س	خطأ	صواب
٥	٢٠	وقوله	وقواه
٧	٤	يجيء	يجيي
١٢	٢١	للمعتى	للعتى
٢١	٩	بالحوار	بالجوار
٢٥	١١	تراه	شراه
٢٨	١٦	مضى	امضى
٢٩	٨	طلب	طلبه
٣٣	٧	بسبب	سبب
٣٤	١١	صفة	صفقة
٣٧	١٤	إذا	إذ
٤٢	٤	قل	قبل
٥٢	٢٢	أوان	وإن
٦٠	٧	أى	أو
٦٤	١٥	الصفتان	الصفقتان
٦٥	١٦	معا فى	معا كما فى
٦٦	١	الصفتين	الصفقتين
٧٨	٥	للقيمية	القيمية
٨٠	٨	لأنه	لأنها
٨٣	٦	يعين	يغير
٩١	٢١	يثبت	يتلف
٩٣	٢١	للحمل	الحمل
٩٤	١٥	الحاصل	الحامل
١٠٦	١٩	يدفع	يدبغ
١١١	٥	الدابة بينهما	الدابة
١١٥	١	المحمى	وكذا المحمى

ص	س	خطأ	صواب
١٢٣	١١	وكان	او كان
١٢٥	٧	إياه	إياها
١٢٦	١٤	لأجرة	الأجرة
١٣٠	٢٠	والظاهر	فالظاهر
١٣٤	٩	بعد الفعل	إلا بعد الفعل
١٤٣	١٤	أمام	أما
١٤٤	١٨	فتحجر	متحجر
١٤٥	٩	فزرع	فروع
١٤٥	١٤	واتخاذ	أو اتخاذ
١٥٠	٨	أبيهما	أيهما
١٥١	١٠	لنصفين	كنصفين
١٥١	١٣	اولى ذلك	أولى ولك
١٥٥	٢١	السفر	فى السفر
١٥٦	٩	لم يوجد	لم يجوز
١٥٧	١٠	يبيع	بيع
١٥٨	٥	أنه	أن
١٥٨	٧	أنه	أن
١٦٣	١٤		صحيحة حتى خالف فإن نسمى المسمى لزم الأقل مما سمى لمثله وأجرة
١٦٥	١٧	ببينته	ببينة
١٦٦	١١	جلت	جملت
١٧٣	١٥	خلط	الخلط
١٧٤	١	وان شرط	وان شرطا

تابع الصواب والخطأ للجزء الثالث من التاج المذهب

ص	س	خطأ	صواب
١٧٧	١١	اجبرا	اجبر
١٧٩	١٨	وعند وابى	وأبى
١٩٤	٥	غيرهم	وغيرهم
٢٢١	١٠	قسم	كل قسم
٢٢٤	١٧	للمدعى	المدعى
٢٣٠	٤	المؤجرة	(المؤجرة)
٢٣١	٣	بصفة	بصفقة
٢٥٦	٢٠	أو ينزع	أن ينزع
٢٦٤	٢٠	أن لا	إلا أن
٢٨١	٢	وديئة	رديئة
٢٨٨	١٩	ولمن	ولئن
٢٩٦	٢٢	لأجل	لأهل
٢٩٧	١٨	ومات	ومن مات
٢٩٧	٢٠	الوقف	الوقف له
٣٠٦	١٢	أو باطنا	وباطنا
٣٠٧	٢٠	فى غير	من غير
٣٠٧	٢٢	الوقت	الوقف
٣١٠	١	وهل	وهى
٣١٠	١٩	الأصل	الأصلح
٣١٤	١٤	الوقف	الواقف
٣١٨	٥	الوقف	الوقت
٣٣٣	٣	لما	لا

ص	س	خطأ	صواب
٣٣٣	٨	الربع	الرابع
٣٤٥	١٣	معلقها	معلفها
٣٤٨	٢	معديا	متعديا
٣٤٩	٣	بما يجيز	لم يجز
٣٦٨	١١	وهذا	وهذه
٣٧١	١٥	الصرف	التصرف
٣٨٤	٢	الدمة	المدة
٣٨٤	٥	معذقة	مغرقة
٣٩٩	٢	فلاآله	فلأهله
٤١٤	٣	بالا	إلا
٤١٤	٢٢	عم	عمل
٤١٥	٧	غلب	أغلب
٤١٨	١٥	لقطه	أقطه
٤٢٠	١٤	بزاج	بمزاح
٤٢١	١	المزيفة	المزنبقة
٤٢١	١	الزيون	الزيوف
٤٣٢	٥	اطعا	طعام
٤٣٤	١٨	كونه	كون
٤٣٩	١	او المسجد	او المجلس
٤٤٣	١٠	مقصوداًالناذر	مقصودالناذر
٤٦٣	١٩	وهى	وهو
٤٧١	١٥	الشطا	الشظا